جامعة الجزائر 1
كلية الحقوق - بن عكنون

حقوق الطفل
بين
الشريعة والقانون

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون
فرع القانون الخاص (عقود ومسؤولية)

من إعداد الطالبة:
مداني هجيرة نشيدة

تحت إشراف
الأستاذ/الدكتور عمر الزاهي

أعضاء اللجنة

1. الأستاذ عبد الفتاح تقية رئيسا
2. الأستاذ د/ عمر الزاهي مقررا
3. الأستاذ محمد بوذريعات عضوا

السنة الجامعية 2011 - 2012

المقدمـــــــــة

مقدمـــــة

تمثل مرحلة الطفولة أهم وأخطر المراحل في حياة الإنسان الذي خلقه الله – سبحانه وتعالى – كي يستخلفه في الأرض لإعمارها، ذلك أن الأطفال هم أمل المستقبل، وأداة صنعه، وإنه على عاتقهم يتواصل العطاء الإنساني وتتقدم مسيرة الحضارة الإنسانية وتتأكد رسالة الإنسان على الأرض. لقد تناولت الوثائق التاريخية التي خلّفها التنقيب عن آثار الحضارات القديمة، الطفل كموضوع سلبي وكملكية أسرية تفرض عليه احترام أهله وطاعتهم بصورة مطلقة[1].

فمن الحضارة المصرية القديمة تبين أن الاهتمام بالطفل كان يضمن حقوق الأب والأم والمعلم. ومن الحضارة اليونانية تبينت المعاملة الوحشية تجاه الطفل، إذ عرف في مدينة إسبرطة رمي الأطفال من الجبال المرتفعة أو وضعهم عند الولادة في المياه الباردة لامتحان صلابتهم وقوة أجسادهم لأن الحياة لا تليق إلا للأقوياء القادرين فيما بعد على حماية الدولة. نادى أفلاطون بمبدأ شيوعية الأطفال والنساء واعتبر أن الإنجاب لا يتم إلا باتصال رجال أصحاء بنساء صحيحات، ثم إخضاع الأطفال إلى تربية محددة وصارمة تحت إشراف الدولة، لتحقيق أهدافها وطموحاتها. ورأى أرسطو في الإجهاض ضرورة لتكييف النسل مع حاجة الدولة من السكان، واعتبر تربية الطفل مهمة المرأة فقط لأنها أقل ذكاء وإدراكا من الرجل. أما القانون الروماني، فسادت فيه نظرية تملّك الطفل لأبويه وأهله، إذ كان يستأثر الأب في روما بسلطة غريبة عُرفت بحق الحياة والموت عقب الولادة مباشرة، إلى جانب بيع الأطفال عبيدا[2].

وبقيت أوضاع الطفولة كئيبة ومزرية في العصور الأولى والوسطى، لا يذكر فيها أدنى قيمة للطفل ولحقوقه. وانتظر التاريخ الغربي ظهور جملة من المفكرين والفلاسفة لإيجاد الحلول وتسوية وضعية الطفل في مجتمعاتهم، فدعا الفيلسوف الانجليزي جون لوك[3] إلى احترام حرية الطفل مع ضرورة تعليمه، ودافع عن الأطفال الفقراء العاملين في ظروف

---

[1] غسان خليل، حقوق الطفل، التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين، مطبعة شمالي آند شمالي، بيروت، لبنان، ط 2003، ص 08.
Guy Raymond. Droit de l’enfance et de l’adolescence, Ed. Litec. 1995. P 03.
Ammar Guesmi, La protection pénale de l’enfant avant sa naissance, Ed, L’Hermès, 2003, p 43 et s.

[2] غسان خليل، المرجع السابق، ص 09– ص 10.

[3] جون لوك (1623–1704).

قاسية، واشتهر الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو[1] في القرن الثامن عشر بأفكاره النيرة ومنها ضرورة تربية الطفل تربية سليمة، بعيدة عن العادات والتقاليد السائدة، مع احترام سن الطفل ونموه التدريجي، مؤكدا على عدم جواز المقارنة بين الطفل والبالغ، لأن لكل منهما خصوصيات مختلفة تبعا لطبيعة المرحلة التي يعيشها.

ومع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ظهرت المبادرات الدولية لوضع تشريعات خاصة بالأطفال، انتهت بوثيقة قانونية دولية هي الأقوى منذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة سنة 1945 ونقصد الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989[2].

وقد تضمنت الاتفاقية المتكونة من ديباجة و54 مادة مجموعة كبيرة من الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الواجب ضمانها للطفل دون تمييز.

وأما عن وضعية الطفل في الأديان السماوية، فكان الإسلام سبّاقا إلى إقرار حقوق الطفل وحمايتها. ويكفي الطفولة شرفا أن أقسم بها القرآن الكريم ليلفت الأنظار إلى مكانتها. قال سبحانه وتعالى: ﴿ لا أُقْسِمُ بِهَذَا الْبَلَدِ وَأَنتَ حِلٌّ بِهَذَا الْبَلَدِ وَوَالِدٍ وَمَا وَلَدَ لقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ فِي كَبَدٍ أَيَحْسَبُ أَن لَّن يَقْدِرَ عَلَيْهِ أَحَدٌ ﴾[3].

ولقد تطلعت إلى الذرية عيون عباد الرحمن، كما جاء في قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴾[4]. بل وتطلع إليها الأنبياء، قال الله عز وجل: ﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاء ﴾[5]. ولهذه المكانة العظيمة التي حظي بها الإنسان صغيرا، أشار القرآن الكريم إلى وجوب اعتناء الآباء بأبنائهم ورعاية مصالحهم، حتى يقدِّر الولد صنيع والديه ويصدق فيه قوله سبحانه وتعالى: ﴿... وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾[6]. كذلك لو رجعنا إلى السيرة النبوية والحديث النبوي الشريف لوجدنا التكريم الكبير والاهتمام البالغ

---

[1] جان- جاك روسو (1712م-1772م).

[2] غسان خليل، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

[3] سورة البلد، الآيات 01، 02، 03، 04، 05.

[4] سورة الفرقان، الآية 74.

[5] سورة آل عمران، الآية 38.

[6] سورة الإسراء، الآية 24.

بأطفال المسلمين وأطفال غير المسلمين، ولربما من أكثر الأحاديث النبوية التي بقيت عالقة في وجدان المؤمن، قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : « ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا »[1]. وقوله – صلى الله عليه وسلم في حق اليتيم: « أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا". وقال بإصبعيه السبابة والوسطى »[2].

لقد جاء التشريع الإسلامي بنظام متكامل ومعالجة شاملة للإنسان تجلّت فيها الحقوق وتحددت بها الواجبات والمسؤوليات، حافظ على الأسرة العربية التي كانت عماد المجتمع في العصر الجاهلي، بأن هذّب عاداتها وتقاليدها، فأبطل التبني وساوى بين البشارة بالمولود الذكر والمولود الأنثى، وقيّد من سلطة الرجل لمّا منح المرأة حقوقا حرمت منها قبل مجيء الإسلام. اهتم بحقوق الطفل وضمنها قبل الولادة برعايته جنينا، بل قبل حمل أمه به عندما أرشد الزوجين إلى حسن اختيار بعضهما ومراعاة أركان وشروط الزواج الشرعي، ولم يترك تربية الصغير ورعايته دون ضبط إذ أحكم قواعد النسب والرضاعة والحضانة وكل ما يتعلق بالولاية على النفس والمال، حتى تميّز بفكرة وجوبية حقوق الولد على الوالدين ثم المجتمع ثم الدولة. كل ذلك لأن لفظ "المسلم" يشمل الذكر والأنثى على حد سواء، وهو شأن جميع الخطابات الشرعية في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

ولأن شراح القانون الوضعي وعقلاءهم قد اعترفوا بدور الشريعة الإسلامية في رعاية الأسرة عموما، والاعتناء بالأطفال خصوصا[3]، اخترنا موضوع (حقوق الطفل بين الشريعة والقانون)، بعدما اخترنا طريق البحث الأكاديمي في مجال القانون. ونريد أن نبين في هذه الدراسة، أن الإسلام عقيدة وعمل، وأن الشريعة الإسلامية التي نبغ فيها العلماء والفقهاء أسوة بالمعلِّم محمد – صلى الله علي وسلم – وصحابته الكرام، صالحة لكل زمان ومكان.

كما نهدف أيضا إلى تحديد موقف القانون الجزائري بخصوص حقوق الطفل، والوقوف على مدى أخذ القضاء بالأحكام الشرعية كحلول بديلة للفراغ القانوني الحاصل بشأن حق معين، وفق ما يخدم مصلحة الطفل ويتماشى في نفس الوقت مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

---

[1] أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ط 2004، حديث رقم 1919.

[2] محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، طبعة 2008، حديث رقم 6005.

[3] François Boulanger, Droit Civil de la famille, Tome I. Ed. Economica. 1994. P. 53 et s.

وانطلاقا من كون الإسلام دين الدولة الجزائرية كما جاء في المادة 02 من دستورها : "دين الدولة الإسلام" وإصدار المشرع الجزائري لتشريعات كثيرة ومتفرقة في مجال رعاية الطفولة على رأسها المصادقة على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل سنة 1992[1]، وحصرا لموضوع البحث، أولينا اهتماما خاصا بقانون الأسرة مع الاستعانة عند الضرورة بقوانين أخرى واجتهادات قضائية تؤكد الأخذ أو عدم الأخذ بالحكم الشرعي تبعا للحقوق الواردة في البحث.

وبغية إتباع المنهجية العلمية وعدم الإخلال بمراحلها، طرحنا الإشكالية التالية: **ما مفهوم حقوق الطفل وما نظامها شرعا وقانونا؟ وما هي أهم الحقوق المقرّرة للطفل الجزائري والمستمدة من أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ؟**

وللإجابة على إشكالية البحث، عمدنا إلى استعمال الأسلوب التحليلي العلمي القائم على جمع المعلومات وتحليلها بطريقة علمية، مع إبداء الرأي أو ترجيح الرأي الذي رأيناه صائبا في حدود المادة العلمية المستجمعة.

حصرنا موضوع البحث على سعته وغزارة أحكامه ونصوصه في بابين:

تناولنا في (**الباب الأول**): ماهية حقوق الطفل، مفصلين في مفهومها (الفصل الأول) والنظام القانوني الذي يحكمها (الفصل الثاني).

وتناولنا في (**الباب الثاني**): دراسة مقارنة للحقوق الأساسية للطفل. بدأنا بحقوق الطفل غير المالية (الفصل الأول)، وانتهينا بحقوقه المالية (الفصل الثاني) راجين من المولى سبحانه وتعالى تقبل هذا العمل، والاستفادة من جهد الباحث.

وختمنا هذه الدراسة بأهم النتائج المتوصل إليها، والحلول التي يرجى من المهتمين بمصير الطفل والعاملين في مجال العدالة وحماية الطفولة الأخذ بها ونشرها.

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر سنة 1992 المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل. ج. ر. عدد 91.

الباب الأول:

ماهية حقوق الطفل

الباب الأول: ماهية حقوق الطفل

يجدر بنا البحث عن ماهية حقوق الطفل قبل التفصيل في مضمون تلك الحقوق الواردة في القانون الجزائري والمستمدة من الشريعة الإسلامية في معظمها. والبحث في هذه الماهية سيوضح لنا الإطار القانوني الذي تدور في فلكه حقوق الطفل، ابتداءً من مفهومها (الفصل الأول)، وانتهاءا بالنظام القانوني الذي يحكمها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مفهوم حقوق الطفل

لا يمكن دراسة موضوع ما دون تبيان المفاهيم التي تحدِّده وتوضحه، وقد يبدو من البديهي أن مفهوم الحق ومفهوم الطفل مسائل مستنفذة الدراسة ولا تحتاج إلى كبير عناء، ولكن المتمعن فيها من الناحيتين الشرعية والقانونية في موضوع بحثنا لن يستقل أهميتها. لأجل ذلك سنقوم بدراسة مفهوم الحق من خلال التعريف بالحق وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم(المبحث الأول)، إلى جانب دراسة مفهوم الطفل من خلال التعريف به وبالطبيعة القانونية لحقوقه(المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعريف بالحق وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له

يثور بصدد تعريف الحق اختلاف معانيه وتعدد النظريات القانونية بشأنه وتبيان المقصود بكلمة "حق" لا تكون بالسهولة التي قد نتصورها، لأن تعريفه أي بيان جوهره وتحديد خصائصه وعناصره قد أثار خلافا بين الفقهاء وشراح القانون، كما أن ضبط تعريفاته استلزم أيضا التمييز بينه وبين غيره من المصطلحات. ونتعرض بشأن تعريفه إلى التعريف اللغوي (المطلب الأول) والتعريف الاصطلاحي (المطلب الثاني) ثم التمييز بينه وما يشابهه من مصطلحات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف اللغوي

كلمة "الحق" في اللغة العربية لها معان عدة، تختلف باختلاف المقام الذي وردت فيه. ويبقى معناها اللغوي العام يدور حول الاستحقاق والوجوب والثبوت عند علماء اللغة الذين استنبطوها من المصدرين: القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف[1].

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط 1، 2005، ص 9 وما بعدها. عبد السلام التونجي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، نظرية الحق، الجزء 02، دار الكتب الوطنية بنغازي، ليبيا، ط 2، 1997، ص 64.

الفرع الأول – في القرآن الكريم

جاء الحق بمعنى الثبوت والوجوب: حقّ الأمر يحقّ، حق وحقوق: صار حقّا وثبت.

قال الله تعالى: ﴿ قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَؤُلاء الَّذِينَ أَغْوَيْنَا أَغْوَيْنَاهُمْ كَمَا غَوَيْنَا تَبَرَّأْنَا إِلَيْكَ مَا كَانُوا إِيَّانَا يَعْبُدُونَ ﴾[1].

فقال تعالى: ﴿ ... وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[2].

وقال تعالى: ﴿ أَفَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ أَفَأَنتَ تُنقِذُ مَن فِي النَّارِ ﴾[3].

جاء الحق نقيض الباطل، قال عز وجل ﴿ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لِمَ تَلْبِسُونَ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُونَ الْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[4].

و الحق اسم من أسماء الله تعالى، فهو سبحانه الموجود الحق الثابت وجوده.

قال الله تعالى: ﴿ ثُمَّ رُدُّواْ إِلَى اللَّهِ مَوْلاهُمُ الْحَقِّ ﴾[5]. وقال تعالى: ﴿فذلكم الله ربّكم الحق﴾[6].

وقال تعالى: ﴿ ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ ﴾[7].

جاء الحق بمعنى الصدق، قال تعالى: ﴿ تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ نَتْلُوهَا عَلَيْكَ بِالْحَقِّ ﴾[8].

جاء الحق بمعنى اليقين، قال تعالى: ﴿ بَلْ أَتَيْنَاهُم بِالْحَقِّ وَإِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ ﴾[9].

جاء الحق بمعنى العدل، قال تعالى: ﴿ ...فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى... ﴾[10].

جاء الحق إشارة لأحكام الله تعالى في عباده، قال تعالى: ﴿ ... إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ ﴾[11].

---

[1] سورة القصص، الآية 63.

[2] سورة الروم، الآية 47.

[3] سورة الزمر، الآية 19.

[4] سورة آل عمران، الآية 71.

[5] سورة الأنعام، الآية 62.

[6] سورة يونس، الآية 62.

[7] سورة الحج، الآية 6.

[8] سورة آل عمران، الآية 108.

[9] سورة المؤمنون، الآية 90.

[10] سورة ص، الآية 26.

[11] سورة الأنعام، الآية 57.

جاء بمعنى الدّين الثابت واللازم لذمة المدين، وأطلق عليه القرآن الكريم اسم الحق تنبيها على ضرورة قضائه، قال تعالى: ﴿ ... فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ... ﴾[1].

ويلاحظ أن استعمال لفظ الحق في القرآن الكريم لم يأت أبدا بصيغة الجمع بل دائما بصيغة المفرد، وفي ذلك إشارة واضحة إلى أحادية الحق وأنه واحد أزلا وأبدا، مهما تعددت الظواهر والظروف، أو كثرت الدعاوى والخصومات.

الفرع الثاني – في الحديث الشريف

وردت كلمة "الحق" في أحاديث نبوية عديدة، نعرض لبعضها الوارد في صحيحي البخاري ومسلم :

جاء الحق كناية عن الوحي الإلهي الذي نزل على سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم– : « ... حتى فجئه الحق وهو في غار حراء فجاءه الملك فقال " اقرأ. قال ما أنا بقارئ »[2].

جاء "الحق" بمعنى الرؤيا الصادقة ، قال – صلى الله علية وسلم – « من رآني فقد رأى الحق »[3].

جاء "الحق" بمعنى الصادق الواقع الثابت ، فعن ابن عباس – رضي الله عنهما – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يقول: « اللهم لك الحمد أنت نور السموات والأرض ... أنت الحق، ووعدك الحق، وقولك الحق، ولقاؤك حق، والجنة حق، والنار حق، والساعة حق... »[4].

ويقرر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ما لصاحب الحق من قوة وعلو.

فعن أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رجلا أتى النبي – صلى الله عليه وسلم – يتقاضاه فأغلظ، فَهَمَّ به أصحابه، فقال رسول الله – صلى الله علية وسلم – « دعوه فإن

---

[1] سورة البقرة، الآية 282.

[2] الإمام محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي، شرح النووي على مسلم ، بيت الأفكار الدولية، المملكة العربية السعودية، حديث رقم 160.

[3] الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، ط 2008، حديث رقم 699/ شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2267.

[4] صحيح البخاري، حديث رقم 1120/شرح النووي على مسلم، رقم 769.

لصاحب الحق مقالا »[1]، أي له أن يطالب بحقه، ولو بشئ من القوة وذلك بمالَهُ من الحق.
جاء"الحق" بمعنى الواجبات المقررة على الأفراد تجاه المجتمع والدولة، قال– صلى الله عليه وسلم – « ستكون أثرة وأمور تنكرونها، قالوا: يا رسول الله فما تأمرنا ؟ قال: تؤدون الحق الذي عليكم، وتسألون الله الذي لكم »[2].
ويستعمل "الحق" في وجوه الصرف، فعن إبن مسعود– رضي الله عنه – قال: سمعت النبي– صلى الله عليه وسلم – يقول: « لا حسد إلا في إثنين رجل أتاه الله مالا، فسلّطه على هلكته في الحق، ورجل أتاه الله حكمة، فهو يقض بها ويعلّمها »[3].
ومن الأحاديث النبوية الجامعة لمعنى الحق، قوله – صلى الله عليه وسلم – « فإن لزوجك عليك حق، ولزورك عليك حق، ولجسدك عليك حق »[4].
ومن جملة هذه المعاني لكلمة "الحق"، نستبقي المعنى الذي يخص بحثنا أي معنى الثبوت والوجوب، لأننا بصدد البحث في حقوق الطفل، نبحث عن ثبوتها ووجوبها.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي

حظيت كلمة "الحق" بتعاريف اصطلاحية كثيرة على مر العصور، فما من فقيه في العلم الشرعي أو دارس للقانون إلا وحاول الإتيان بتعريف جامع ومانع لها وعليه سنعرض أهمها في الاصطلاح الشرعي (الفرع الأول)، ثم أبرز النظريات القانونية التي صاغها رواد القانون الوضعي في الاصطلاح القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الاصطلاح الشرعي

أطلق الفقهاء الأوائل كلمة "الحق" على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا بحكم الشارع وإقراره، مستمدّين المفهوم الاصطلاحي من مفهومه اللغوي في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة واستعمل الفقهاء "الحق" للدلالة على معان عديدة، فقالوا : هذه العين حق لفلان، أو لفلان حقا قبل فلان، وأطلقوه على شيء قصدوا منه معنى الاختصاص ، فقالوا هذه العين ملك لفلان، أو هي حق لفلان وأطلقوه على مصلحة: ولاية هذا المال حق لفلان، وحضانة هذا الصغير حق لفلانة، وأطلقوا الحق على مفهوم المصلحة على المال

---

[1] صحيح البخاري، حديث رقم 6306/شرح النووي على مسلم، رقم 1601.
[2] صحيح البخاري، حديث رقم 3603.
[3] صحيح البخاري، حديث رقم 1409.
[4] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 1159.

عقارا كان أم منقولا، على المصلحة سواء أكانت مادية أم أدبية، كما أطلقوا الحق على المرافق للعقار كحق الشرب، وعلى المنفعة للعقار كحق السكن[1].

أولا – عند الفقهاء الأوائل

لم يهتم الفقهاء الأوائل بتعريف كلمة (الحق)، على الرغم من كثرة استعمالهم لها في مؤلفاتهم، مكتفين كما ذكرنا بالمفهوم اللغوي للكلمة، ولكن ذلك لم يمنع بعضهم من ضبط التعريف.

جاء في تعريفات (الجرجاني) بأن الحق هو: "الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال، والعقائد، والأديان، والمذاهب باعتبار إشتمالها على ذلك"[2]

وعرفه الإمام (القرافي) في كتابه الفروق: (حق الله تعالى أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه) أي أن كل الأوامر التي أمرنا الله بها، والنواهي التي نهانا عنها، هي حقوق لله تعالى وأن حقوق الناس هي الأمور التي تتحقق بها مصالحهم[3].

وفرّق الإمام (الشوكاني) بين "الحق" و"المِلْك" حيث قال: (والماء على أضرب: حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول، ومِلْكٌ إجماعا كماء يُحرزُ في الجِرَارِ ونحوها ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقناة المحتفرة في المِلْكِ).

وواضح من تعريف الإمام (الشوكاني) أنه يستخدم (الحق) في مقابل المِلْك، فالحق ما كان مشتركا مباحا لكل الناس، والملك ما كان خاصا بأحد الناس أو فئة منهم[4].

وعرف (ابن نجيم الحنفي) حق الملكية بأنه "إختصاص حاجز" وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق فالإختصاص جوهر كل حق ، وهو عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشيء، أو بين شخص وشخص تمنح صاحبها استئثارا على موضوعها، وقد توصل القانون الحديث إلى هذا المعنى لما عرّف الأستاذ دابان – Dabin الحق بالاختصاص والاستئثار وسميت نظريته بنظرية الاستئثار[5].

---

[1] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، سنة 2005، ص 12.

عبد السلام التونجي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، نظرية الحق، الجزء 02، ص 49.

[2] يسري السيد محمد، حقوق الإنسان في ضوء الكتاب والسنة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 2006، ص 88.

[3] مقال بعنوان الحق بين اللغة والشرع والقانون منشورة على الموقع:www.islamonline.net

[4] الحق بين اللغة والشرع والقانون، المرجع السابق.

[5] محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، دار الشروق، مصر، ط 1، 1982، ص29.

ثانيا – عند الفقهاء المحدثين

لما لم يجد الفقهاء المعاصرين فيما كتبه السابقون تعريفا محددا للحق، اجتهدوا بدورهم في تعريفه الاصطلاحي.

عرّفه الشيخ (علي الخفيف) بأنه (مصلحة مستحقة شرعا) وشرح تعريفه بقوله :

(إن الحق يجب أن يكون مصلحة لمستحقه، تتحقق بها له فائدة مالية أو أدبية. ولا بد من أن تكون هذه المصلحة والفائدة لصاحب يستحقها ويختص بها، ويكفي في المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة إليه) وذكر تعريفا آخر للحق:

(ما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه) ويلاحظ أنه في التعريف الأول جعل المصلحة جوهر الحق، وفي الثاني جعلها غاية الحق[1].

عرف الأستاذ (مصطفى الزرقا) الحق بأنه (اختصاص يقرِّبه الشرع سلطة أو تكليفا).

ويشمل هذا التعريف بعمومه جميع أنواع الحقوق، كحق الله تعالى، والحقوق الأدبية كحق الطاعة، وحقوق الولاية العامة (على النفس والمال)، لأن كل ذلك إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشارع وإما تكليف بأمر على مكلف به شرعا. وعليه ، تكون الحقوق في الشريعة الإسلامية، سلطات أو تكاليف، وهذه نظرة تختلف عن النظرة الوضعية للقانون الذي غالبا ما يعتبر الحق مصلحة مالية يقرها القانون للفرد[2].

أما الأستاذ (فتحي الدريني)، فعرّف الحقّ بأنه (اختصاص يقربه الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة) والتعريف شامل لحقوق الله تعالى، وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، مستبعدا المصلحة والإرادة، لأنه علاقة شرعية اختصاصية[3].

الفرع الثاني – في الاصطلاح القانوني

يعتبر تعريف الحق من أكثر موضوعات القانون التي كثر فيها الجدل والخلاف، ولذا لا يمكننا التطرق لكل التعريفات التي جاءت في هذا الصدد، وإنما نشير إلى أهم النظريات التي ترد إليها هذه التعريفات[4].

---

[1] مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، ط 1997، ص 29.

[2] محمد فتحي عثمان، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها.

[3] الحق بين الشرع واللغة والقانون، المرجع السابق.

[4] محمد سعيد جعفور، ملخص نظرية الحق، ص 2 موقع منتديات طلبة الجزائر www.etudiantdz:com

أولا – نظرية الإرادة (سافيني SAVIGNY)

يُعرّف الحق بالنظر إلى صاحبه، فالحق (القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم).

وانتقدت النظرية لأنها لا تثبت الحقوق لعديمي الإرادة بالرغم من اعتراف القانون لهم بالحقوق كالمجنون والطفل، كما قد ينشأ الحق دون علم صاحبه وإرادته، فالوارث أو الموصى له والغائب يكسبون حقوقا دون تدخل إرادتهم فيها.

ثانيا – نظرية المصلحة (اهرنج Ihering / كابتان Capitant / السنهوري)

تعرّف نظرية المصلحة الحق من خلال موضوعه والغرض منه، فالحق: (مصلحة يحميها القانون).

وعنصرَا الحق في التعريف هما المصلحة التي تتحقق لصاحب الحق، والحماية القانونية له أي الدعوى القضائية.

وانتقدت النظرية لأنها عرّفت الحق بالغاية منه وهي المصلحة، في حين تعتبر هدفا للحق لا ركنا فيه، بالإضافة إلى أن الحماية القانونية تأتي كنتيجة لحق قائم فعلا، فتعتبر لاحقة عليه.

ثالثا – النظرية المختلطة

جمعت بين النظريتين السابقتين بحيث ينظر في الحق إلى صاحبه وموضوعه، مع تغليب البعض المصلحة على الإرادة، والبعض الآخر الإرادة على المصلحة.

وانتقد الاتجاه بما وجّه من انتقادات إلى سابقيه، فلا يفترض الحق وجود إرادة لدى صاحبه، كما أنه ليس بالمصلحة أو المنفعة التي تعود على صاحب الحق.

رابعا – نظرية الاختصاص: (دابان Dabin)

نظر الأستاذ (دابان) إلى تعريف الحق من جانب العناصر المكونة له وعرّفه بأنه: (استئثار بقيمة أو شيء يمنحه القانون لشخص، بحيث يمكنه التسلط على هذه القيمة

- محمد سلام زناتي، مبادئ القانون أو المدخل إلى دراسة القانون، مكتبة الطليعة، أسيوط، مصر، ط 1978، ص 274 وما بعدها.
- مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، مصر، ط 1987، ص 106 وما بعدها.
- إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1992، ص 208-210.

أو ذلك الشيء) أو هو (اختصاص الشخص بقيمة من القيم اختصاصا يجعل له تسلطا عليها واستئثارا بها)

وجوهر الحق عند (دابان) يتمثل في عنصرين داخلين في تكوين الحق هما: الاستئثار والتسلط، يليهما عنصران مساعدان أو خارجان عن تكوين الحق هما احترام الحق من طرف الغير وحمايته من طرف القانون.

وقد أشرنا سابقا إلى أن هذا التعريف موافق لتعريف الفقه الإسلامي الذي يستعمل المِلْك في المعنى الذي نستعمل فيه لفظ الحق، وهذا ما يعبّر عنه بعبارة "الاختصاص الحاجز"، فاختصاص الشخص قانونا بقيمة معينة هو الذي يجعلها حقا له، ويكون هذا الاختصاص له وحده، بحيث يحجز غيره عنها أو يمنعه منها[1].

ورغم التأييد الواسع لنظرية الاختصاص في القانون، إلا أننا نرجح التعريف القانوني الذي صاغه الأستاذ (محمد سعيد جعفور) (الحق مركز قانوني يخول من ينفرد به سلطة القيام بعمل ما أو إلزام غيره بأدائه له تحقيقا لمصلحة مشروعة)[2] لأنه يحقق المفهوم الشرعي للحق الذي يجمع بين السلطة والتكليف.

<u>المطلب الثالث</u>: التمييز بين الحق والمفاهيم المشابهة له

يقارب مصطلح "الحق" في معناه مصطلحات أخرى تبدو للوهلة الأولى أنها مرادفة له، ولكن الكشف عن مدلولها يخالف ذلك، وأكثر ما وجدناه منها قريبا من مفهوم الحق مفهوم القانون (الفرع الأول)، مفهوم الحريات العامة (الفرع الثاني)، ومفهوم الواجب (الفرع الثالث).

<u>الفرع الأول – الحق والقانون</u>

القانون والحق مفهومان مترابطان متلازمان بحيث لا يذكر أحدهما إلا ويتبادر إلى الذهن الآخر.

وإذا كان القانون مجموعة قواعد تنظم الأشخاص في المجتمع، وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها[1]، فإن الحق هو السلطة (pouvoir)، أو الامتياز

---

[1] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 108.

[2] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 03.

[1] عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1977، ص 6.

(prérogative) أو الإمكانية (faculté) التي يمنحها القانون للشخص بغية تحقيق مصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها، وبهذا لا يمثل الحق القواعد القانونية نفسها، وإنما ما تقره هذه القواعد للأشخاص وما تمنحهم إياه من سلطات ومكنات وميزات[1].

وتبقى الصلة وثيقة بين القانون والحق، فالحقوق إنما تتولد في الواقع عن القانون، بحيث لا يمكن أن ينشأ حق لشخص ما إلا إذا اعترفت به القاعدة القانونية، وحددت له مضمونه. كما أن القانون يهدف وبصورة أساسية إلى تحديد الحقوق وكيفية اكتسابها وانقضائها إلى جانب حمايتها بالقوة إذا لزم الأمر[2].

والخلاصة أن الحقوق والواجبات المقابلة لها هي التي تبرز أهمية القانون، فلولاها لما كان للقانون أهمية، بل لما كان له وجود[3].

<u>الفرع الثاني – الحق والحرية العامة</u>

درج البعض على استعمال الحريات العامة أو الحقوق العامة بمعنى واحد، وهذا غير صحيح، لأن الحرية العامة ترادف الترخيص أو الرخصة أو إباحة التصرف[4]. وقد يحدث أن يتمتع الإنسان بميزات وسلطات لا ينفرد أو يختص بها دون الآخرين، فيتساوى في التمتع بها مع غيره من الناس، كحرية التعبير، وحرية التنقل، وحرية التملك.

وينتج هذا النوع من الميزات عن القواعد القانونية المبيحة، فالقاعدة القانونية لا تقتصر على الأمر والنهي وإنما تمتد إلى الإباحة، وإذا كان الأمر والنهي يقابلان الواجب، فإن الإباحة تقابل الحرية، ولذلك فالقاعدة القانونية المبيحة هي قاعدة تخول الإنسان حرية من الحريات، ومثل هذه الميزات لا يصدق عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لعدم وجود الاختصاص الحاجز بشأنها، ولأنها عامة سميت بالحريات العامة. وقد يطلق عليها لفظ (الحقوق) من قبيل التوسع في معنى لفظ الحق، وتعرف بالحقوق العامة، تمييزا لها عن الحقوق بالمعنى الدقيق[5].

---

[1] هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المطبعة الجديدة، دمشق، ط 1977 – 1978، ص 7.

[2] هشام القاسم، المرجع السابق، ص 259.

إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 27.

[3] علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2005، ص 25.

[4] إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 206.

[5] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 106، ص 107.

ولكن هذه الإباحة أو الرخصة، قد تولد حقا قانونيا إذا تم الاعتداء عليها، فتنشأ عندها رابطة قانونية تخوّل الشخص المعتدى عليه تسلطا أو اقتضاءً على سبيل الإنفراد والاستئثار[1] ومنها الحق في الاسم، وفي الانتفاع من خدمات الضمان الاجتماعي، والحق في التعليم وغيرها من الحقوق العامة التي يشترك فيها الطفل مع غيره من الأشخاص الطبيعية بوجه عام.

الفرع الثالث – الحق والواجب

الواجب شرعا هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم بحيث يُذمّ ويعاقب تاركه، ويُمْدَح ويُثاب فاعله، والواجب عند جمهور الفقهاء هو الفرض، إلا أن (الحنفية) فرّقوا بينهما، فإذا كان الدليل ظنيا، فالفعل واجب، وإذا كان دليل لزوم الفعل قطعيا فهو فرض. أما الجمهور فنظروا إلى طبيعة طلب الشارع للفعل، فإذا كان طلبه على وجه اللزوم فهو الواجب أو الفرض، سواء كان الدليل قطعيا أو ظنيا[2].

وإذا كان الفقهاء لم يميزوا في استعمالهم بين الحق والواجب، فإنهم استعملوا مصطلح الحق أكثر من مصطلح الواجب، ففي العلاقة بين الدائن والمدين مثلا، يعبّرون عما لصاحب الدّين بالقول: حقّ عند المدين، ويعبّرون عما لدى المدين بالقول: حقّ عليه للدائن[3].

والواجب في الاصطلاح القانوني يعبّر عنه بالالتزام، ويظهر جليا في الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية، كالالتزام بدفع الثمن من المشتري، والالتزام بتسليم المبيع من البائع. وبالتمعن في ماهية الالتزام، نجد أن مركز الملتزم ليس مركز صاحب الحق وإنما هو مركز المُحَمَّلِ بالواجب، وأن واجبه شخصي لا يشاركه فيه غيره، لذلك تُعْرَف الواجبات الشخصية بالالتزامات[4].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء الثرات العربي ، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص 09.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 04، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 3، 1997، ص 148-149.

[3] يسري السيد محمد، المرجع السابق، ص 92.

[4] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 109.

وتجدر الإشارة إلى أن ثبوت الحق يفترض دائما واجبا على الغير باحترامه وعدم الاعتداء عليه، وهو واجب موضوعي عام عكس الواجب السابق، لا ينفرد به شخص معين، وإنما يتحمله كافة الناس[1].

المبحث الثاني: التعريف بالطفل والطبيعة القانونية لحقوقه

لمّا كانت الطفولة مرحلة من عمر الإنسان تحظى في جميع النظم والتشريعات برعاية خاصة وحماية متميزة، من خلال إقرارها لجملة من الحقوق اللازمة لهذا الكائن الضعيف أي الطفل، يكون من الضروري قبل الخوض في الحقوق، التعريف بالطفل لغة (المطلب الأول)، واصطلاحا (المطلب الثاني)، مع تحديد طبيعة الحقوق الممنوحة له (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف اللغوي

جاءت كلمة الطفل في اللغة بمعان مختلفة، والطّفل بكسر الطاء – يعني:[2]

– الطِّفل: البنان الرخص والصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم.

– الطِّفل والطفلة: الصغيران من كل شيء.

– الطِّفل: الصغير من أولاد الناس والدواب، وأطفلت المرأة، والظبية، إذا كان معها ولدها، والمُطْفِل: ذات الطفل من الإنسان والحيوان معها طفلها.

– الطِّفل: الحاجة، وأطفال الحوائج صغارها.

– الطِّفل: الشمس عند غروبها.

– الطِّفل: أول الليل، وشرارة النار، والطفيل: الصغير من السحاب.

وما يهمنا من هذه التعاريف اللغوية هو ما يتعلق منها بالمولود مادام صغيرا. فيطلق "الطفل" على الولد من حين ولادته حتى البلوغ، ويطلق الطفل على الواحد مذكرا ومؤنثا، وعلى الجمع لأنه اسم جنس[3].

---

[1] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 110.

[2] ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، دار الجيل، دار لسان العرب ، بيروت، لبنان، ط 1988 ص 599.

[3] مجد الدين، محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 6، 1998، 1065.

قال الله تعالى: ﴿ ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلا ﴾[1] وقال الله تعالى: ﴿ ... أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ...﴾[2]، كما تُجمع الكلمة على أطفال، كما في قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا... ﴾[3].

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي

لكلمة "الطفل" نصيب من التأصيل الشرعي والتأصيل القانوني من ناحية المفهوم وفي دلالاته ومعانيه أهمية كبيرة، ترتبط بالحكم الشرعي الذي يلحقه من جهة، وبالنص القانوني الذي يشمله بالحماية من جهة ثانية. نعرض للطفل في الاصطلاح الشرعي (الفرع الأول) ومن ثم للاصطلاح القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الاصطلاح الشرعي

ذكر (ابن عابدين) في حاشيته بأن الطفل: (هو الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم).

وذكر (ابن نجيم) بأن الطفولة في الشرع: (المرحلة من الميلاد إلى البلوغ) وذكر الإمام (الشوكاني): (أن الطفل يطلق على الصغير من وقت انفصاله إلى البلوغ ، ويقال له طفل إلى أن يحتلم) وعند البعض يبقى هذا الاسم للولد حتى يميز ثم يقال له صبي ويافع ومراهق وبالغ[4].

ولكن الفقهاء بإجماعهم على أن الطفل هو الولد بمفهومه اللغوي، اعتبروه ولدا مستترا في بطن أمه، وهذا هو التعريف اللغوي للجنين: الولد مادام في بطن أمه لاستتاره فيه[5].

والولد بهذا المعنى يشمل الحمل الذي له روح لأنه كائن حي يحس ويتحرك ويشعر بالأم وتشعر به الأم أيضا، ولا خلاف في ذلك من الناحيتين الشرعية والطبية[6].

وبعض الأطباء يطلق لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يُشَكّل كإنسان، بتكوّن أعضائه المعروفة فيما بين الشهر الثالث من الحمل إلى الولادة، ويعتبره البعض الآخر

---

[1] سورة الحج، الآية 05.

[2] سورة النور، الآية 31.

[3] سورة النور، الآية 59.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 47.

[5] ابن منظور، لسان العرب، الجزء 13، ص 92-93.

[6] نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2002، ص 51.

ولدا إذا اكتملت بنيته وأمكنه أن يعيش إذا نزل حيا من بطن أمه ما بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة، ولكن هذه الفترة امتدت إلى علوق الخلية الملقحة في جدار الرحم في الطب الحديث على أن يولد، نظرا للأدلة العلمية الدامغة على بداية الحياة الإنسانية في ذلك الوقت أي في فترة التلقيح[1].

الفرع الثاني – في الاصطلاح القانوني

لم تحدد القوانين الدولية ولا الداخلية على وجه الدقة المقصود "بالطفل". وثار خلاف كبير بين القوانين الداخلية لمختلف الدول حول تحديد بداية ونهاية مرحلة الطفولة، والخلاف قائم أيضا بشأن نهايتها أي عند تحديد سن الرشد.

أما المشرع الجزائري، فاستعمل مصطلحات كثيرة للدلالة على الطفل في النظام القانوني الجزائري أهمها: الطفل[2]، القاصر[3]، الحدث[4]، الولد[5]، وكلها للتعبير عن صغير السن في القانون. ولم يعرّف الطفل في نص صريح وواضح على غرار قانون الطفل المصري المعدل سنة 2008، في المادة الثانية منه: (يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة)[6]. وقانون حماية الطفل التونسي في مادته الثالثة (المقصود بالطفل كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما، ما لم يبلغ سن الرشد، بمقتضى أحكام خاصة)[7].

ولكنه بالرجوع إلى معاجم المصطلحات القانونية ومواد القانون المدني الجزائري على وجه الخصوص، نتبين المقصود بالطفل في تشريعنا.

---

[1] أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب، دار الخلدونية ، القبة، الجزائر ، ط 2001 ، ص 71-72.

[2] أنظر المواد: 314، 317، 320، 321، 327، 442 من قانون العقوبات الجزائري.

[3] انظر المواد: 49، 50، 51، 326، 328، 329 من قانون العقوبات الجزائري.

انظر المواد: 38، 134 من القانون المدني الجزائري وغيرها.

انظر المواد: 88، 99 من قانون الأسرة الجزائري وغيرها.

[4] انظر النصوص الخاصة بالمجرمين الأحداث من المادة 442 إلى 494 من قانون الإجراءات الجزائية.

[5] انظر المواد 36 ف 3 ،41، 62، 75، 87 من قانون الأسرة وغيرها.

[6] قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 والمعدل بقانون 126 لسنة 2008، منشور على الموقع www.egyptiantalks.org

[7] قانون حماية الطفل التونسي رقم 95-92 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995، منشور على موقع جورسبيديا، القانون المشارك www.ar.jurispedia.org

الطفل بالمعنى الضيق فرع من الدرجة الأولى، وبالمعنى الواسع كل شخص قاصر (mineur) يحميه القانون[1]، والطفل، ولد، وحدث، ويطلق عادة على كل شخص قاصر سواء كان ذكرا أم أنثى[2].

نلاحظ أن تعريف الطفل يحيل إلى تعريف القاصر، وهذا الأخير في القانون المدني كل شخص لم يبلغ سن الرشد القانوني المحددة بـــ 19 سنة حسب المادة 40 الفقرة 2 منه أي الذي لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه المدنية[3].

لقد ربط المشرع الجزائري مفهوم القاصر بالأهلية، لأن القِصَر(la minorité) حالة الشخص الذي لم يبلغ الأهلية المدنية المحددة بـــ 19 سنة ، كما ربط حداثة الولد بالمفهوم الجنائي، ببلوغه 18 سنة للمساءلة الجنائية حسب المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية، وقد عبّر عن السن بأنها سن الرشد الجزائي: (يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر).

وبالعودة إلى تسلسلنا في البحث عن مفهوم الطفل، وأنه حسب المشرع المدني هو شخص القاصر، نجد بأن الشخص (personne juridique) صفة شخص طبيعي أو معنوي أهل لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[4]. والطفل بطبيعته البشرية يعتبره القانون شخصا طبيعيا وهذا الأخير إنسان، أو فرد تبدأ شخصيته بتمام ولادته حيا وتنتهي بالوفاة، وله بطبيعته خاصية إحراز الحقوق وتحمل الالتزامات، وقد اعترف له المشرع بهذه الخاصية[5]. وهكذا، يتدرج بنا المفهوم القانوني للطفل من تعريفه اللغوي بأنه ولد أو فرع لأصل، إلى تعريفه الاصطلاحي الذي درج عليه القانون، وهو اعتباره قاصرا، أي شخصا قانونيا أي إنسانا في النهاية. وهذه النتيجة منصوص عليها في المادة 25 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري: (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته). وإذا كانت المادة قانونية المصدر، إلا أن صياغتها بسيطة المفردات تلخص الطفل في كونه "إنسانا"، وهو ما اعتمدته الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن جمعية

---

[1] Raymond Guillien, Jean Vincent, Lexique de termes juridiques. Ed. dalloz.1972, p140

[2] إبراهيم نجار، أحمد زكي، بدوي، يوسف شلال، القاموس القانوني- فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، ط 4، 1995، ص 122.

[3] ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، ط 1992، ص 189 (مصطلح قاصر).

[4] ابتسام القرام، المرجع السابق، ص 213.

[5] القاموس القانوني: فرنسي- عربي ، المرجع السابق ص 219.

الأمم المتحدة سنة 1989 في مادتها 01 لما عرفت الطفل بأنه (كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه)[1]. ،وجاء تعريف الطفل بالإنسان أيضا في المادة 02 من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل المعتمد في أديس أبابا سنة 1990: (بموجب هذا الميثاق يقصد بالطفل أي إنسان يقل عمره عن 18 عاما)[2].

وإذا كان يطلق لفظ "الإنسان" كقاعدة عامة في اللغة العربية على الذكر والأنثى معا، فالإنسان هو ذلك الكائن البشري الحي الذي خلقه سبحانه وتعالى في أحسن تقويم لقوله عز وجل: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾[3].

ولكن مصطلح "الإنسان" أثار بدوره جدلا قانونيا كبيرا، فقبل اعتماد النص النهائي للمادة 01 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، كان نص المادة في المشروع التمهيدي كالتالي: "حسب الاتفاقية الحالية فإن الطفل هو كل مخلوق بشري منذ لحظة ولادته حتى بلوغه سن الثمانية عشرة أو حسب قانون الدولة، أو إذا بلغ سن الرشد قبل ذلك".

ولكن اعتراض العديد من الدول على نص المادة، وخاصة الإسلامية منها، أدّى إلى حذف عبارة "منذ لحظة الولادة" من التعريف لأنها لا تعترف بحمايته السابقة عن الولادة أي أثناء فترة الحمل، وتمت الموافقة على هذا الاقتراح[4].

والطفل بهذا المفهوم الإسلامي، والذي فرض منطقه على صياغة تعريفه في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، يجعل من هذا الأخير شخصا محميا قبل الولادة وبعدها، أي صاحب حق يحميه القانون في الفترتين من حياته.

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل، ج.ر، عدد 91.

[2] مرسوم رئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 8 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 8 يوليو 2003 يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، ج.ر عدد 41.

[3] سورة التين، الآية 04.

[4] علي قصير، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، 2008، ص 4.

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لحقوق الطفل

يعترف القانون للطفل بجملة من الحقوق العامة والخاصة كشخص طبيعي. والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الإسلامية يقر لأفراد الأسرة بالحقوق الشرعية المستمدة من الشريعة الإسلامية في مختلف المراحل العمرية، إلى جانب اعتماده تقسيم الحقوق المتبع في القانون بشكل عام. ولتوضيح الطبيعة القانونية لحقوق الطفل، ندرس طابعها الشرعي في (الفرع الأول)، وكونها وفق التقسيم القانوني للحقوق، تطبيقا للحقوق الخاصة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول – حقوق ذات طابع شرعي

إن منشأ الحق في الشريعة الإسلامية هو إرادة الشارع وهو الله سبحانه وتعالى. والحقوق في الإسلام تستند أساسا إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية من قرآن وسنة وإجماع العلماء عليها وغيرها من مصادر التشريع الإسلامي[1].

وسيتبين معنا عند التفصيل في حقوق الطفل أنه لا يوجد له حق من غير دليل قرآني أو حديث نبوي يدل عليه.

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالطفل اهتماما بالغا، وظهر ذلك من خلال الاهتمام بكل مراحل حياة الإنسان قبل ولادته وبعدها، بل حتى بعد وفاته. وأبرز ما ميز الأحكام الشرعية المتعلقة بمرحلة الطفولة يمكن إيجازه في النقاط التالية:[2]

1. شمولية التشريعات الإسلامية الخاصة بالطفل:

إن المتأمل في التشريع الإسلامي، سيجد بأن الطفل فيه إنسان كامل الحقوق لأنه استوعب كل جوانب حياته، فأعطاه حقوقا جسدية ونفسية وتربوية بأفضل صور الرعاية والحماية، وكفل له حقوقا مالية بأن جعل له ذمة خاصة تقبل التملّك وأهمها حقه في الميراث وحقه في النفقة.

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 196.

[2] عادل محمد صالح أبو العلا، مقال: حقوق الطفل من وجهة نظر الإسلام، مجلة قضايا الطفل من منظور إسلام، أعمال الندوة الدولية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة المنعقدة في الرباط 29 أكتوبر- 1 نوفمبر 2002 منشور على الموقع www.isesco.org.ma/arab/publications

2. تأييد حقوق الطفل بالدين والأخلاق والقضاء:

لقد أحاط التشريع الإسلامي حقوق الطفل بسياج من الضمانات والمؤيدات للمحافظة عليها وضمان تطبيقها، أيدها الدين بجملة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تدعو إلى الالتزام بها وأدائها، مقرنة ذلك بالثواب العظيم لمن يرعى تلك الحقوق في الدنيا والآخرة، وأيدها بالأخلاق الحميدة التي ترافق الطفل في تربيته وتأهيله إلى مرحلة البلوغ كخلق الحياء، وأدب الإستئذان، وخُلق الرحمة بالصغير والعاجز والحنو على اليتيم.

أما القضاء، فآلية ضرورية وفعالة لتطبيق حقوق الطفل وحمايتها، فنجد القاضي مثلا عند انفصال الأبوين يتحقق أيهما أحق بحضانة الولد، ونجده يلزم الأب بدفع النفقة وعدم إيذاء أطفاله، كما نجده يؤخر إقامة الحد على الحامل حتى تلد وترضع وتفطم الصغير، وغيرها من الأحكام القضائية في مجال رعاية الطفولة.

3. حقوق الطفل أمانة في يد المسؤول عنه:

يرسم الإسلام الصورة الصحيحة للعلاقة بين الوالد وولده، وهي أن الولد عند أبويه أمانة يسأل عنها يوم القيامة، وليس ملكا له يتصرف فيه كيف يشاء. ويتحقق معنى المسؤولية داخل الأسرة وخارجها، بالوقوف على ما قرره الشرع من أحكام وتكاليف، خصوصا ما تعلق منها بالأولاد.

4. مراعاة مصلحة الطفل:

لقد جاءت الأحكام الشرعية بصفة عامة محققة لمصلحة الإنسان الصحيحة المؤكدة وليس الفاسدة والمتوهمة. ونجد مراعاة مصلحة الطفل في جميع الأحكام التي شرعت من أجله، فعند ما يأمر الإسلام بحسن اختيار الزوجين لبعضهما، فإنما ذلك لمصلحة الطفل كي ينشأ في بيئة أسرية مستقرة، وعند ما يأمر بالرضاع فذلك محافظة على صحته الجسدية، وعندما يأمر بحسن التربية والرأفة في المعاملة، ففي ذلك حفظ وصيانة لصحته النفسية وسلامته الفكرية، وهكذا تتقرر المصلحة في كل شؤون الطفل.

وكما هو معلوم، جعل المشرع الجزائري مبادئ الشريعة الإسلامية، مصدرا للقاعدة القانونية، خصوصا تلك المنظمة للعلاقات الأسرية والمعاملات المالية، وهي مصدر أصلي لمسائل الأحوال الشخصية حسب المادة **222 من قانون الأسرة**[1]، ومصدر احتياطي

---

[1] تنص المادة 222 من قانون الأسرة "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

في باب المعاملات حسب نص **المادة 01 ف 2 القانون المدني الجزائري**[1].

ويقصد بأحكام الشريعة الإسلامية مجموع ما فيها من حلول فقهية في مختلف المذاهب الإسلامية، بما يتناسب مع مصالح الأفراد ومقاصد الشريعة، ويعتبر ذلك اعترافا من المشرع بقوة وأصالة الفقه الإسلامي بمعناه الواسع، وبمرونته وقابليته للتطبيق المتجدد بمراعاة الأشخاص، والزمان والمكان والأحوال[2]. وعليه، وفي غياب نص تشريعي صريح في مسألة قانونية معينة، يرجع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، سواء فيما تعلق بالأسرة، أو فيما يتعلق بالأموال والتصرف فيها.

وحقوق الطفل الموزعة في القوانين الجزائرية (الأسرة، المدني، العقوبات...) مستمدة في أصلها من الشريعة الإسلامية، ففي كل نص قانوني تأصيل شرعي وإتباع مذهبي فقهي، كما هو الحال في أحكام الزواج والآثار المترتبة عليه، أحكام الأهلية والنيابة الشرعية على الصغير، أحكام الميراث، واكتساب الملكية بطريق التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) وكل ما يتعلق بالتصرف في الحقوق المالية للطفل (تصرفات الولي، تصرفات القاصر).

والحقيقة، أن الأحكام التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية مطبقة بصفتها قواعد تشريعية، وليس بصفتها قواعد دينية، لذا فالشريعة الإسلامية في الأصل مصدر أول للتشريع، وتعتبر مصدرا تاريخيا أو ماديا فقط يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية[3].

وما يعزز هذا الموقف، وجود مبدأ دستوري تنص عليه المادة 02 من دستور 1996: "الإسلام دين الدولة"[4] ومكانة الدستور في الأنظمة القانونية للدول تكون عادة في قمة هرمها، تخضع لأحكامه كل القوانين الداخلية، بل وحتى المعاهدات الدولية المصادق عليها، تحترمه وتتماشى مع أحكامه[5]، وهذا يعني أن النصوص التشريعية في النظام الجزائري إسلامية المصدر والمرجع.

---

[1] تنص المادة 01 الفقرة 2 من القانون المدني: "و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01 (الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999، ص 17.

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومه، الجزائر، ط 2007، ص 169 / علي فيلالي، المرجع السابق، ص 197-198.

[4] دستور 1996، ج ر عدد 61 الصادرة في 16 أكتوبر 1996م.

[5] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 175.

الفرع الثاني – تطبيق للحقوق الخاصة

حقوق الطفل حقوق خاصة وُضعت خصيصا له، فهي حقوق لا يتمتع بها إلا الطفل، وهي بذلك تميزه عن غيره من البشر، فلا يشاركه فيها غيره، ولا يجد الباحث كبير عناء في إدراك الأسباب التي من أجلها منح الطفل هذه الحقوق الخاصة، فهو إنسان ضعيف البنيان، غير مكتمل النضج بدنيا وعقليا، غير قادر على حماية حقوقه أو الدفاع عن نفسه، في حاجة إلى من يمنحه الأمن والاستقرار، ويتولى عنه مسألة الكسب والإنفاق لتوفير متطلبات الحياة المادية والمعنوية.

وحقوق الطفل الخاصة عديدة ومتنوعة بعضها يجعل الطفل موضوعا للحماية وبعضها يجعله حائزا لها ومتصرفا فيها، مع العلم أنه في الحالتين، يراعي المشرع والقاضي مصلحته إذا لم تعنى بها الأسرة المسؤولة عنه.

والحقوق الخاصة تختلف عن الحقوق العامة بكونها لا تثبت إلا لمن يتوفر له سبب خاص للتمتع بها لوجود تفاوت بين الأفراد بحسب الحالة الشخصية أو المدنية، وميزتها الأساسية أنها تقوم على الروابط الشخصية كعلاقات الأسرة، أو على الروابط المالية فيها، ولهذا تقسم إلى حقوق غير مالية وحقوق مالية[1].

أولا – الحقوق غير المالية

حقوق لا تستهدف من ممارستها تحقيق فائدة مالية، بل فائدة معنوية، وتنقسم إلى حقوق الشخصية وتسمى كذلك بالحقوق العامة أو الحريات العامة، أو حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية، لأنها تحفظ للإنسان مقومات وجوده في المجتمع بحكم كونه إنسانا، ولا تزول عنه إلا بوفاته، كالحق في الحياة، وحقه في الاسم وفي السلامة الجسدية، وحرية التنقل وحرية التعبير وغيرها[2]. وينص القانون المدني الجزائري على ضمان حمايتها في المادة 47 منه "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر".

---

[1] هجيرة دنوني، بن الشيخ الحسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، وتطبيقها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، الجزائر، ط 1992، ص 145، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 183.

[2] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص 112-113.

محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1985، ص 18.

وأما حقوق الأسرة أو الحقوق العائلية، فتثبت للطفل بصفته عضوا في أسرة معينة بغية تنظيم علاقته بها كحق النسب والرضاعة والحضانة والتربية. وإذا كانت غالبية حقوق الأسرة حقوقا غير مالية، فالجانب المالي فيها كالحق في النفقة وحق الإرث يستند إلى أساس أدبي يرجع إلى رابطة القرابة والنسب التي تجمع بين أعضائها وتبقى الإشارة إلى أن الاعتداء على بعض من حقوق الأسرة يرتب أثرا ماليا إذ ينشأ لصاحب الحق المعتدى عليه حق مالي في التعويض بدليل النص على عقوبات كثيرة عند الإخلال بها كما هو وارد في قانون العقوبات الجزائري بخصوص جريمة ترك الأسرة أو إهمال الحامل، إلى جانب دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة والاعتداء على حق النسب[1]، وغيرها من الحقوق التي تنشأ غير مالية في الأصل.

ثانيا – الحقوق المالية

هي حقوق يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود، فتخول صاحبها الاستئثار بقيمة مالية معينة، كما تهدف إلى حصوله على فائدة مالية، لذلك يجوز التصرف فيها، والحجز عليها، وانتقالها إلى ورثة صاحبها[2]. وبعبارة أخرى هي استئثار شخص معين بقيمة مالية معينة، والقيمة قد تتمثل في منافع شيء معين – كلها أو بعضها – وقد تتمثل في أداء معين يجب لصاحب الحق قبل شخص آخر معين[3].

والحقوق المالية للطفل منحت له للمحافظة على أمواله وتنميتها ما دامت له ذمة مالية معترف بها في الشرع والقانون، ومثالها حق الميراث وحق النفقة، وحقه في التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) وهي أصلية في التشريع الإسلامي، لقوله تعالى: ﴿ قُلْ مَا أَنفَقْتُم مِّنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾[4] وقوله تعالى أيضا: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾[5].

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق ص 184.
محمد حسنين، المرجع السابق، ص 20.

[2] المال في الفقه الإسلامي مختلف في مفهومه، فعند الحنفية هو ما أمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعا عاديا جائزا في غير حالات الضرورة، والمال عندهم لا يكون إلا عينا من الأعيان، فتخرج المنافع عن مفهوم المال لأنها ليست بذات مادة لها حيز، أما عند جمهور الفقهاء، فالمال يكون عينا وغير عين أي منفعة ذات قيمة مالي، وقياسا على ذلك، فكل ما يمكن أن يجري التعامل به وأصبح ذا قيمة مالية فهو مال، راجع في ذلك: محمد فتحي عثمان، المرجع السابق ، ص 49 – ص 50.

[3] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط 1986، ص 351.

[4] سورة البقرة، الآية 215.

[5] سورة المعارج، الآية 24، 25.

الفصل الثاني : النظام القانوني لحقوق الطفل

تخضع حقوق الطفل لنظامين أساسيين يكملان بعضهما البعض، فالطفل شخص طبيعي يتمتع بالشخصية القانونية التي تجعل منه صاحب حق، وأهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وندرس شخصيته القانونية كشرط للاعتراف بحقوقه في (المبحث الأول). أما ممارسة تلك الحقوق ومباشرتها، فيخضع لنظام النيابة الشرعية لأن صغر السن يمنع الطفل من مباشرتها بمفرده، فيتولى وليه أو من يقوم مقامه كل ما يتعلق بنفسه وماله، ونفصّل في النيابة الشرعية كنظام لممارسة الحقوق في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الشخصية القانونية شرط للاعتراف بحقوق الطفل

تبدأ شخصية الإنسان كقاعدة عامة من الوجهة القانونية بالولادة، أي في نفس اللحظة التي ينفصل فيها الطفل عن أمه ويستقل بكيانه عنها، وإذا كان من المسلّم به اكتمال شخصية المولود بتمام ولادته حيا، فلن تكون الولادة لوحدها شرطا كافيا لإثبات وجوده القانوني أو اكتسابه الشخصية القانونية. ومن أجل بلورة هذه النقاط، نتطرق إلى المقصود بالشخصية القانونية في (المطلب الأول) ثم إلى الشخصية القانونية في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني) وصولا إلى الشخصية القانونية للطفل في القانون الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المقصود بالشخصية القانونية

يرجع مفهوم الشخصية القانونية في الاصطلاح القانوني إلى جملة من الأفكار المستمدة من القانون الروماني، وذلك ما يُعبّر عنه بالأصل القانوني – التاريخي للشخصية (الفرع الأول)، كما يرجع أيضا إلى جملة من الأفكار الفلسفية التي سادت الفكر الغربي، وذلك الأصل القانوني – الفلسفي للشخصية القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول – الأصل القانوني– التاريخي

ظهر مصطلح "الشخصية" بمفهوم صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات في عصر الإمبراطورية الرومانية السفلى (284م – 565م) وكان اللفظ قبل ذلك، يعني القناع الذي

يلبسه الممثل لأداء دوره على خشبة المسرح الروماني أو اليوناني، ثم أصبح يطلق على الفرد العادي لأنه يقوم بأداء دور معين في الحياة القانونية أو مشهد حقوقي معين[1].

وأما رجال القانون في الإمبراطورية الرومانية العليا (27 ق.م – 284م) فمنحوا الشخصية القانونية للإنسان الذي تتوافر فيه ثلاثة شروط[2]:

1. الحرية:

اقتصرت الشخصية القانونية على السيد الحر، أما العبد فلم يكن صاحب حق بل محلا له، فلا يحق له التملك أو المقاضاة، أو الشهادة، كما لا يحق له الزواج أو الاعتراف بأولاده وبقيت للسيد بصفته شخصا قانونيا، السلطة المطلقة على العبيد إذ يتصرف فيهم بطريق البيع، التأجير والاستعمال، كما يمارس حيالهم حق الموت و الحياة.

2. الجنسية الرومانية:

كان الأصل في القانون الروماني أنه خاص بالرومان وحدهم، ومن ثم لا يطبق على الأجانب وظل المواطن الروماني ولفترة طويلة منفردا بالشخصية القانونية دون الأجنبي، إلى أن اضطر القانون في روما إلى تغيير نصوصه، ومنح الجنسية الرومانية للأجنبي بهدف حماية المصالح المشتركة التي نشأت نتيجة طول إقامته في روما و كثرة تعامله مع الرومان.

3. رب الأسرة:

أي كل روماني مستقل بحقوقه، ومسؤول عن أسرته، فلا يتبع غيره، لأن كل فرد في الأسرة واقع تحت سيادته و خاضع لسلطته[3].

أما عن الشخص القانوني بالمفهوم الإنساني، والذي انتشر في القوانين الغربية التي ورثت عن الرومان تركة قانونية معتبرة، فقد مر بمراحل ثلاثة، ويمدنا تاريخ القانون القديم، بالوضعية القانونية للإنسان قبل الولادة، والتي كانت سببا رئيسيا في صياغة القناعات الغربية بخصوص الشخصية القانونية قبل الولادة:

---

[1] مفتاح محمد أقزيط، الحماية القانونية للجنين يبين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط1، 2004، ص 32.

[2] الشخصية القانونية personnalité juridique، منشور على الموقع www.wikipedia.org

[3] مفتاح محمد اقزيط، المرجع السابق، ص 32.

مرحلة الاعتراف الاجتماعي[1]: انتشرت في المجتمعين اليوناني والروماني، ظاهرة اجتماعية منحت الشخصية القانونية لكل مولود جديد، مارسها رب الأسرة أي الأب بصفته المسؤول الوحيد عن منح الحقوق وتحديد الالتزامات.

كان من عادة الرومان الذين عُرِفوا بالطقوس والشكليات، أن يضعوا المولود الجديد على الأرض تحسبا لما سيصدره الأب بشأنه، وكان هذا الأخير يستأثر بصلاحيات واسعة، أخطرها ما كان يقوم به تعبيرا عن السلطة الأبوية المطلقة على أبنائه أي حق الحياة والموت وكان الأب يمارس هذا الحق مباشرة بعد ولادة الطفل الذي يُعْرَضُ أمامه، ليقرر ما إذا كان سيعترف بشرعيته، فيضمه إلى أفراد الأسرة، وهو ما يسمى بالحق في الحياة، أو يقرر إهماله وتركه في الطريق أمام العامة، ليكون مصير الولد إما الرق وإما الموت، و سمي ذلك بحق الموت.

وتجدر الإشارة إلى المصير المأساوي الذي لحق بالمواليد المعاقين والمشوهين والمرضى، فبعد أن سادت فكرة غضب الآلهة وسخطها على أولئك المواليد، كان الموت بالنسبة إليهم لا يعتبر حقا فحسب، بل واجبا دينيا، لأن كل مولود غير طبيعي يُعرِّض الجماعة أي أفراد المجتمع إلى أخطار اقتصادية وسياسية في المستقبل.

وهكذا مارس الأب بصفته رب الأسرة الوحيد، هذه السلطة على سبيل الحصر، وعرفت هذه الممارسة في المجتمع الروماني "بالاعتراف الاجتماعي للطفل" وبقي معمولا بها لفترة طويلة في الأنظمة الغربية كقاعدة قانونية ورثتها عن القانون الروماني.

مرحلة حماية مصالح الدولة[2] : اعتبر بعض رجال الفكر في أثينا وأبرزهم (أرسطو)، بأن اللجوء إلى الإجهاض حل ضروري لمشكلة النمو الديموغرافي في الدولة. وكانت فلسفته ترى بأن عدد السكان يجب أن يتماشى مع موارد وثروات الأرض، لأن الزيادة المفرطة في السكان تشكل خطرا على أمن الدولة أي على نظاميها الاقتصادي والسياسي.

أما في روما فكان مفهوم مصلحة الدولة مغايرا لمفهومها في أثينا فبعد انتشار الحروب الأهلية فيها، وتطور النزعة الفردية، والاقتتال للحصول على الإرث، ورفض الزواج مع تفشي الانحلال الخلقي، أصيب النظام الاجتماعي الروماني بشروخ بليغة.

---

[1] Christine Bernard, Edith Deleury, France Dion et Pierre Gaudette, le statut de l'embryon humain dans l'antiquité gréco romaine, laval théologique et philosophique, vol 45, n° 02, 1989, p. 182 et s. www.erudit.org/PDF

[2] (Ch) Bernard, (E) Deleury, (F) Dion, et (p) Gaudette, op. cit., p. 188 et s.

ولأجل استرجاع هيبة ومكانة الإمبراطورية الرومانية، صدرت جملة من القوانين المشجعة على الزواج والإنجاب، ولكن تدخل الدولة في تنظيم شؤون الأسرة لم يكن للمصلحة الفردية – لأن سلطة الاعتراف الاجتماعي بالمولود بقيت للأب – بل حلا قانونيا لحماية حقوق الأب صاحب السيادة والمواطنة، والممثل الأساسي لروما، وبالتالي لمصلحة الإمبراطورية الرومانية. وكانت أعظم خدمة قدمها القانون الروماني لهذا الأب، حفاظا على تركته وأمواله من الضياع، تلك الحيلة القانونية التي جعلت من الجنين وريثا شرعيا للأب بعد وفاته، مع العلم بأن القاعدة الرومانية المعترفة ببداية الشخصية للطفل قبل الولادة، قد شملت الطفل المولود من زواج شرعي فقط.

<u>مرحلة انتشار التعاليم المسيحية[1]</u> : اعتنقت روما الديانة المسيحية بعد أربعة قرون من ظهور المسيح – عليه السلام[2] – وأصبح الدين الرسمي والوحيد فيها هو المسيحية سنة 380م[3]، وقد أثر ذلك على كل أنظمة الإمبراطورية بما فيها النظم القانونية.

وانتشرت التعاليم المسيحية بين أفراد المجتمع بعد تكريسها قانونيا، فحُددت حرية الطلاق، ومُنِع بيع الأطفال، والمبالغة في استعمال السلطة الأبوية، مع تحرير الرقيق[4].

واعتبر رجال القانون المسيحيون الإجهاض قتلا للطفل في بطن أمه، وأدخل القانون الروماني تغييرا في مفهوم الشخصية القانونية، إذ حدد بدايتها بالولادة ونهايتها بالوفاة، مع استبقائه على الاستثناء وهو منح الشخصية للجنين واعتباره مولودا كلما كان ذلك في مصلحته، واستثناء آخر على النهاية هو زوال الشخصية القانونية قبل وفاة الإنسان، وهو ما عُرف بالموت المدني"la mort civile" وقد طبقته القوانين الأوربية كعقوبة جنائية، فكان الإنسان المدان بعقوبة حيا من الناحية الفعلية، وميتا من الناحية المدنية أي القانونية، فيبطل زواجه و تفتح تركته لقسمتها على الورثة[5].

والخلاصة أن مفهوم الشخص مع انتشار المسيحية، ظهر ببعده الروحاني والأخلاقي الذي أكد على جوهر الذات، معتبرا كل إنسان مهما كان، بقيمة داخلية تتجاوز خصائصه

---

[1] (Ch) Bernard, (E) Deleury, (F) Dion, et (p) Gaudette, op. cit., p. 192 et s.

[2] دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، دار الرغائب و النفائس، القبة، الجزائر، ط 3 ، 1999، ص 146.

[3] دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 150.

[4] دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 151.

[5] Christian Larroumet, Droit civil, Introduction à l’étude du droit privé, Tome I, Ed. Economica, 1998, p196.

الجسمية والعرقية، وقد نجحت المسيحية إلى حد كبير في بلورة هوية الإنسان وحقيقته، وتوجيه النظم القانونية نحو الاهتمام بالجانب الإنساني في الشخص القانوني.

الفرع الثاني – الأصل القانوني – الفلسفي

يعتبر شراح القانون في أوربا بأن الديانة المسيحية، وبعدها الأفكار الفلسفية لكبار المنظرين الغربيين، هما اللذان أعادا صياغة المفهوم القانوني الحديث للشخص الطبيعي. وللفكر الأنجلوساكسوني مساهمة لا يستهان بها في بلورة المفهوم مع التطور العلمي السريع.

أولا – الأصل الأوربي

يرى الغرب أنه مع (Descartes)[1] بدأت معالم المفهوم الحديث للشخص، فمن أجل تأسيس العلوم على أسس علمية ، رفع ديكارت شعار تجربة الشك : " أنا أفكر إذن أنا موجود" وأثبت عن طريق الشك المنهجي أن التفكير باعتباره صفة من صفات النفس البشرية هو الشيء الذي يخص الذات و يعكس حقيقتها.

واعتبرت الذات الديكارتية الناجمة عن مسار الشك، واحدة من المكونات المؤسسة للشخص بمفهومه الحديث، والذي يقوم على فكرة الشخصية الحرة والمستقلة والذات العارفة (le sujet connaissant)، حيث يتحدد لديها العقل كقدرة أساسية للتمييز بين الصحيح والخاطئ.

أما (John Locke)[2] فقد ميز بين هوية الإنسان و الهوية الشخصية فما يحدد هوية الإنسان هو أنه كائن مفكر عاقل، يملك جسدا، أما الهوية الشخصية، فلا تحدد إلا بالوعي والذاكرة.

وتوالت ثورة الأفكار الفلسفية التي حاولت إعطاء الشخص مفهومه الحديث، وجعل البعض وأبرزهم (Schopenhauer)[3] العقل هو المُكوّن الأساسي للهوية الشخصية، وحقيقة الإنسان كشخص ليست في الوعي وإنما في الإرادة، وهذه الإرادة ليست شيئا ثانويا أو مجرد وظيفة للعقل، وإنما هي تمثل بالنسبة للعقل ما يمثله الجوهر بالنسبة للعَرَض وإذا كانت

---

[1] روني ديكارت، فيلسوف فرنسي (1596م – 1650م).

[2] جون لوك، فيلسوف إنجليزي (1632م – 1704م).

[3] شوبنهاور، فيلسوف ألماني (1788م – 1860م).

الإرادة في نظره تمثل العنصر الواقعي و الأساسي في الإنسان، فإن العقل يبقى مجرد أداة للإرادة[1]. ومن هذه الأفكار التي تحوّلت إلى قناعات، استمدت القوانين الوضعية الأوربية مفهومها للشخص الطبيعي، فظهرت معايير قانونية على أساسها تتم التفرقة بين الأشخاص كأصحاب حقوق وغيرهم، فاعتبر بعض رجال القانون ومنهم : (Planiol, Geny, Carbonnier, Boistel)، أن الطبيعة الإنسانية هي المعيار في منح الشخصية القانونية، فيكون العاقل والمجنون والطفل الصغير والبالغ الراشد أشخاصا قانونية، بينما اعتبر البعض الآخر وأبرزهم (Saleilles, Delapradelle) بأن صاحب الإرادة فقط هو من تمنح له الشخصية القانونية[2].

ثانيا – الأصل الأنجلوسكسوني

مع ظهور العلوم البيوطبية الجديدة والتقنيات العلمية الحديثة، التي تدخلت في عمليات الإنجاب والتلقيح الاصطناعي، وفي البحث العلمي الممارس على الأجنة والمضغ البشرية المجمدة (embryons surnuméraires)، ظهر علم أخلاقيات العلوم الطبية (la Bioéthique) وبرز لمناقشته جملة من الشخصيات المؤثرة على الرأي العام في بلدانها، وعلى تشريعاتها الداخلية، ونقصد بذلك الاتجاه الأنجلوسكسوني.

يعتقد هذا الاتجاه بأنه يوجد بعض البشر لا يمكن اعتبارهم أشخاصا، بل ولا يكون لهم الحق في الحياة، وتعود الفكرة الرومانية القديمة: هناك من البشر من لا يعتبر شخصا في نظر القانون. فينادي (Peter Singer)[3] بإقامة مبدأ المساواة بين البشر على أساس فرز لمصالحهم، ويذكر بأن أهم هذه المصالح : تجنب الألم، تطوير القدرات، تلبية الحاجيات الأساسية كالأكل والمسكن، إقامة علاقات إنسانية عميقة... وغيرها. وصاحب هذه المصالح بالنسبة له هو الإنسان الحساس، أما الجنين أو الطفل قبل الولادة فليست له تلك المصالح لأنه لا يملك القدرة على الإحساس بالألم أو الإحساس بالسعادة، فيخرج من فئة الكائنات الحساسة لأن البشر ليسوا متساوون في هذه القدرة على الإحساس.

---

[1] الشخص في الفلسفة، على الموقع: www.ar.wikipedia.org

[2] André Méry, « l'animal et le droit, la question philosophique et la question juridique, juin 2001, p. 27 et s. www.vegetarisme.org/pdf

[3] بيتر سنجر (فيلسوف أسترالي معاصر).

وبهذا المنطق، لا يجد "Singer" حرجا في أن يخضع الطفل قبل الولادة بصفته مضغة "Fœtus" أو جنينا "embryon" إلى غاية 18 أسبوعا لتجارب علمية، بل في بعض الحالات، حتى المواليد والمعاقين إعاقة خطيرة وبعض المرضى. ويجوز إجهاض كل طفل قبل ولادته إذا كان سينقذ مولودا به نقص في الجهاز المناعي، أو سيعالج بعض المصابين بأمراض معينة كالزهيمر وغيرها.

ولا يمانع في تزايد حالات الإجهاض أو حالات الإنجاب بغية تحقيق هذه المنفعة المتمثلة في الحصول على النسيج الجنيني المستعمل في علاج تلك الأمراض. وقد لاقت أفكاره قبولا في الولايات المتحدة الأمريكية بخصوص مسائل الاستنساخ واستعمال الأجنة في البحوث العلمية[1].

واعتمادا على معيار الإحساس « la sensation » فرّق بين الإنسان والشخص القانوني، وحدد « singer » عَتَبة لظهور الشخصية القانونية لدى الإنسان وهي بلوغه 28 أسبوعا بعد الولادة، بعدما يكتسب المولود القدرة على الإحساس، إلى جانب توافره على ميزتي العقل والوعي.

فيكون الإنسان هو المنتمي إلى الجنس البشري بحسب حالته البيولوجية، أما الشخص فهو كل من حصل على بعض الميزات وبنسبة عالية. وعليه، لا يعتبر الجنين شخصا، ولا حتى المولود إلا بعد مرور 28 أسبوعا من الولادة.

أما (Michael Tooley)[2] فهو من أشد المساندين للإجهاض وقتل الأطفال، ويرى في ذلك سعادة المجتمع ويُفرّق بدوره بين الشخص والإنسان فالشخص يتمتع بنوع من الحياة العقلية التي تميز الإنسان البالغ والطبيعي عن غيره، أما الإنسان فهو المنتمي للجنس البشري بتكوينه البيولوجي وجعل أساس التفرقة بينهما يقوم على نظرية قانونية خاصة، فالفرد له الحق في شيء ما إذا أراد الحصول على هذا الشيء، ولكي يثبت له حقا معينا، يجب أن تكون لديه "رغبة معينة"، وهذا يتطلب وجود الوعي بالذات، كما أن الرغبة تقوم على الإرادة.

---

[1] (A) Méry, op. cit., pp. 114 et s.

[2] ميكائيل تولاي (فيلسوف أمريكي معاصر).

لذلك، ومن الناحية الأخلاقية والقانونية لن يكون الانتحار « le suicide » ولا الموت الرحيم « l'euthanasie » لكل من رغب فيه، فعلا مجرما بل تطبيق واحترام لرغبة وإرادة صاحبها.

و يخلص (Tooley) إلى أن الأطفال قبل الولادة، وبعد الولادة ليسوا بأشخاص، لأنهم لا يمتلكون خصائص الشخص، ولا رغبة أساسية تتعلق بالمستقبل[1].

ونشير في الأخير إلى موقف (H. Tristram Engel Hardt) [2] الذي يوافق بشدة على اتجاهات سابقيه، فالجنين، والطفل المولود، والمعاق إعاقة بليغة، إلى جانب أصحاب الغيبوبة الدائمة لا يعتبرون أشخاصا، ولا توجد واجبات أو التزامات أخلاقية اتجاههم، لذلك أجاز التجارب العلمية على هؤلاء، واعتبرها أعمالا مشروعة وغير مدانة[3].

ويعتبر في نظره الطفل قبل الولادة أي الجنين، ملكية للأشخاص الذين أنجبوه، ولكنه ملكية من نوع خاص أي ملكية ثمينة، لأنه امتداد وثمرة للجسد الأصلي والشخصي للإنسان البالغ والطبيعي. والحقيقة، أن مثل هذه الأفكار انتقلت إلى القوانين الوضعية من خلال ما يجوز تداوله بالمال من أجزاء الجسم ومكوناته، كالحيوانات المنوية، والبويضات والأنسجة وغيرها مما يخضع للمال في البلدان الغربية. ويبقى الجنين حسب هذا الموقف، ملكية خاصة لأبويه حتى يبلغ وعيه ورشده، فيجوز إجراء التجارب العلمية على الأطفال الصغار والأطفال المرضى، ماداموا غير بالغين، بشرط موافقة الوالدين على ذلك.

يعتبر (H. Tristram Engel Hardt) بأن المحافظة على حياة المرضى والمعاقين أمرا غير مفهوم من الناحيتين الأخلاقية والعلمية، لأن ذلك يكلف الدولة مبالغ مالية كبيرة، إضافة إلى الضرر النفسي الذي يلحق الأبوين وجميع أفراد الأسرة، جرّاء المعاناة اليومية والرعاية المستمرة لهم. وتدعيما لنظريته، اقترح التشريع البديل "la loi du remplacement"، إذ يجوز ترك الطفل المريض يموت، إذا وافق والداه على "إنتاج" طفل آخر سليم. وقد لاقت فكرته رواجا في بعض الدول الأوربية من خلال ما يسمى بالطفل-الدواء "le bébé-médicament" ويقف المعارضون لهذا الفكر بشدة،

---

[1] (A) Méry, op. cit., pp. 121 – 122.

[2] تريسترام انجلهارد (فيلسوف أمريكني معاصر).

[3] (A) Méry, op. cit., pp. 122 – 133.

ويناقشون حججه ونتائجه باستمرار، معتبرين بأن الصفة الإنسانية وحدها هي التي تمنح الشخصية القانونية للإنسان[1].

وقد نجح الموقف المعارض في إقناع مجلس الشيوخ الأمريكي "الكنغرس" بضرورة إصدار تشريع الشخصية القانونية للجنين، و قد تم ذلك باقتراح قانون 29 مارس 2004[2] ثم توقيع الرئيس الأمريكي "جورج بوش" شخصيا على تشريع الشخصية القانونية للجنين في 01 أفريل 2004[3] بعد ارتكاب « Scott peterson » جريمة نكراء هزت الرأي العام الأمريكي وهي قتل زوجته الحامل في شهرها الثامن، وقد أدانته المحكمة العليا الأمريكية لارتكابه جريمتين للقتل العمدي راح ضحيتها شخصين متمايزين: الزوجة و الطفل الذي تحمله.

وكان الرئيس الأمريكي قبل ذلك، قد وَقَّع على جملة من القوانين المؤيدة لحماية الطفل قبل ولادته ورعاية حقوقه في تلك الفترة[4].

وتجدر الإشارة، إلى أن دولة كندا تناقش قانونا مشابها يمنح الشخصية القانونية قبل الولادة، من خلال مشروع قانون العقوبات الكندي لمساءلة الجاني عن جريمتين متمايزتين، في حالة الاعتداء على امرأة حامل، وقد درج القانون الكندي على اعتبار الطفل قبل الولادة جزءا من جسد أمه، بينما اعترف القضاء الكندي بشخصيته قبل الولادة إلى جانب شخصية أمه[5].

وحبذا لو تمعن المشرع العربي عموما والجزائري خصوصا في حقيقة الحياة الإنسانية التي تبدأ داخل رحم الأم، ليمنح على أساسها وبصفة صريحة الشخصية القانونية الكاملة للطفل قبل الولادة.

---

[1] (A) Méry, op. cit., pp. 123 et s.

[2] Le Sénat américain reconnaît la personnalité du fœtus, lettre N0 59, novembre 2004, www.génétique.org

[3] Public law, N° 108-212 du 01/04/2004 (unborn victims of violence Act), lettre N° 52, avril 2004, www.génétique.org

[4] – قانون أفريل 2001 منع كل المساعدات المالية لتنفيذ برامج الإجهاض العمدي في العالم.
– قانون جويلية 2001 منع الاستنساخ البشري بغرض التلقيح الاصطناعي أو الإنجاب الطبيعي.
– قانون أوت 2001 خص الأبحاث العلمية حول الخلايا الجنينية بميزانية محدودة.
– قانون أكتوبر 2003 منع الإجهاض المتأخر و الإجهاض بالولادة ابتداء من الشهر الرابع إلى نهاية الحمل، راجع في ذلك:
L'Amérique et la protection de l'embryon, lettre de Novembre 2004, www.génétique.org

[5] Au canada, une loi menace le droit à l'avortement, www.rue89.com

والخلاصة بعد استعراض أهم الأفكار التي ساهمت في تحديد مفهوم الشخصية القانونية من عهد الرومان إلى عصرنا الحالي، أن الشخصية القانونية صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات مع اختلاف في تحديد بداية الحياة الإنسانية (قبل أو بعد الولادة)، كأساس حاسم لمنح الشخصية القانونية للطفل.

المطلب الثاني: الشخصية القانونية للطفل في الشريعة الإسلامية

على أساس العقيدة الصحيحة وتبيان صدق ما نزل به الوحي على رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، صاغ الفقه الإسلامي آراءه حول بداية الحياة الإنسانية مستنبطا أحكامها من الكتاب والسنة. ونتناول موقف التشريع الإسلامي مما أسماه القانون الوضعي بالشخصية القانونية من خلال التكييف الشرعي لها (الفرع الأول) ثم علاقتها بمرحلة نفخ الروح (الفرع الثاني).

الفرع الأول – التكييف الشرعي للشخصية القانونية

تعرف الشخصية القانونية في الفقه الإسلامي "بالذمة"، وهي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلا للإلزام والالتزام، أي صالحا لأن تكون له حقوقا وعليه واجبات[1]. ونشير في هذا الإطار إلى أن العلاقة وثيقة بين مصطلحي "الذمة" و"أهلية الوجوب" تصل إلى درجة الترادف. فالأهلية صفة أيضا تفيد صلاحية الشخص لثبوت ووجوب الحقوق المشروعة له أو عليه بمجرد وجوده حيا، أي دون أن يتوقف ذلك على قدرته في اكتسابها، وفي مباشرتها، وهذه يسميها علماء الأصول "بأهلية الوجوب" بينما يسميها البعض في الاصطلاح القانوني: "الشخصية القانونية"[2].

وتعتبر الأهلية بهذا المفهوم خصوصية موجودة في الإنسان منذ بدء ظهور الحياة عنده، وتظل مُلاَزِمَة له مُلاَزَمَة الروح للجسد، بغض النظر عن تحقق التمييز أو الإدراك[3] مادام أساس ثبوتها هو الحياة فقط[4].

وعلى غرار شراح القانون، انقسم الفقه الإسلامي بخصوص إثبات الذمة قبل الولادة إلى اتجاهين رئيسيين:

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء 01، ص 17.

[2] عبد السلام التونجي، المرجع السابق، الجزء 03، ص 18.

[3] عبد السلام التونجي، المرجع السابق، الجزء 03، ص 20.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص 334.

جمهور الفقهاء:

ذهب إلى عدم إثباتها قبل الولادة لعدم استقلال وجود الإنسان بصفته جزءا من أمه، تابعٌ لها، فله ذمتها ومن ثم فإن ولادة الجنين تعد شرطا لاكتسابه الشخصية القانونية، أما قبل الولادة، فلا شخصية له، ويكون غير صالح لاكتساب أيّ من الحقوق. وإن اعتراف المشرع له بجملة من الحقوق يعد أمرا استثنائيا ولا تثبت له من الحقوق سوى ما حدده له القانون، لأن المشرع وحده يملك حق تقريرها له، وتقريرها لغيره، لذلك لا يجوز القياس عليها، ولا التوسع في تفسيرها، لأنها جاءت على خلاف الأصل الذي يشترط الولادة حيا لثبوت الذمة أي الشخصية القانونية[1].

المذهب الحنبلي:

أثبت ذمة الإنسان قبل ولادته، فتصح له الحقوق وعليه الواجبات، أي له أن يَمْلِك ويَتَمَلَّك، فتكون أهلية الوجوب كاملة بعنصريها وهما الإلزام والالتزام، ومن حقوقه النسب والإرث والوصية، ومن واجباته النفقة على الأقارب. وحجتهم أن الإنسان في طور التكوين معدٌّ للإنفصال، وما هو معدّ للانفصال يكون في حكم المنفصل واحتمال خروجه ميتا، فتسقط عندئذ عنه الحقوق، حجة ضعيفة، لأن الاحتمال رفيق الإنسان في كل أطواره من حيث الحياة والممات[2].

بقي أن نشير إلى أن نطاق الذمة في الفقه الإسلامي واسع، إذ لا تعني الجانب المالي فقط المتمثل في الصلاحية للكسب والتَّمَلك، بل تشمل الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج، أو كانت مالية بصبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر وغيرها، فتكون بذلك وصفا لصيقا بالإنسان فعلا، تحدد حقوقه والتزاماته الدنيوية والأخروية، المالية وغير المالية، مخالفة بذلك الفقه الغربي الذي يتصورها ذمة مالية فقط، يقوم مفهومها على أساس مادي، أي ما يملكه الشخص من أموال.

ولما كان الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال، سَهُلَ عليه ألا ينسب للذمة، الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية،

---

[1] محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، مجلة الحقوق، الكويت، عدد 03، 2004.
– عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، مطبعة إفريقيا الشرق، المغرب، د. ت.، ص 151.

[2] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 152.

أي أن الذمة لا تثبت إلا لشخص، وإن لكل شخص ذمة، وإن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة[1].

ونخلص بعد هذه المقارنة إلى أنه إذا كانت الشخصية القانونية نظاما صوريا مفترضا جاء به القانون الوضعي كأساس للإلزام والالتزام بين الأشخاص، فإن الشخصية القانونية في التشريع الإسلامي بمفهوم الذمة أو الأهلية العامة، مُكْنَةٌ خص الله تعالى بها الإنسان بمقتضاها يصير أهلا لاستخلافه في الأرض، فيتمتع بالحقوق والالتزامات الدنيوية والأخروية المترتبة على ذلك الاستخلاف[2] لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعْدًا عَلَيْهِ حَقًّا فِي التَّوْرَاةِ وَالإِنجِيلِ وَالْقُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُواْ بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُم بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴾[3].

<u>الفرع الثاني – الشخصية القانونية ومرحلة نفخ الروح</u>

نفخ الروح حدث عُرِف عن طريق الوحي، وهو التتويج النهائي لكافة الاستعدادات الجسمية التي كانت تجري في الجنين لإكسابه صفات الإنسان[4]، به يستكمل الإنسان شطر حقيقته البشرية، وسوف يخرج بعد ذلك إلى الدنيا خلقا آخر، لا يشبه أحدا غيره، فله صفاته النوعية والفردية، الجسمية والعقلية، وله روحه التي لا يشترك معه فيها أحد، ولا تتناسخ منه لسواه[5].

وحقيقة نفخ الروح جاءت مع ذكر الأطوار الجنينية لخلق الإنسان، قال تعالى: ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِّن صَلْصَالٍ مِّنْ حَمَإٍ مَّسْنُونٍ فَإِذَا سَوَّيْتُهُ <u>وَنَفَخْتُ فِيهِ مِن رُّوحِي</u> فَقَعُواْ لَهُ سَاجِدِينَ ﴾[6].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الجزء 01، ص 19.
عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 154.
[2] مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.
[3] سورة التوبة، الآية 111.
[4] محمد عز الدين توفيق، دليل الأنفس بين القرآن الكريم والعلم الحديث، دار السلام، القاهرة، ط 1998، ص 138-139.
[5] محمد عز الدين توفيق، المرجع السابق، ص 147.
[6] سورة الحجر، الآية 28 – 29.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنّ أحدكم يُجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع كلمات ويقال له: أكتب عمله ورزقه وأجله وشقي أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح »[1].

وإذا كان العلم التجريبي قد استفاض في دراساته حول أطوار الخلق بأجهزته وعلمائه، فضبط مصطلحاتها، وبلغ فيها من الدقة والتأكيد ما حفظ للإنسان كرامته وحياته إلا أنه لن يقول في أمر الروح شيئا تصديقا لقوله عز وجل: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّن الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً ﴾[2].

وتعتبر مرحلة نفخ الروح بهذا المعنى معجزة إلهية تسمو بعناصر الإنسان المادية الترابية إلى درجة الارتقاء الروحي في التكوين والتفكير، وهو ما يعترف به شراح القانون الوضعي اليوم من خلال المكونات الجديدة للشخصية القانونية وهما: الجسد وحياة تجري داخل الجسد[3].

ولكن الشريعة الإسلامية كانت سبَّاقة في الاعتراف بذلك، لما اعتمدت على معيار نفخ الروح في الإنسان، أي بلوغه الأربعة أشهر في بطن أمه، فمنحت له الشخصية القانونية قبل ولادته وبعد اجتيازه لتلك المرحلة، بدليل أن معظم الأحكام الشرعية المقررة لحماية حياته ووجوده، وحرمة الاعتداء عليه، بما فيها حفظ كرامته الإنسانية عند تشييع جنازته – بصفته مولودا ميتا – مردها إلى نفخ الروح فيه كدليل على اعتباره صاحب حق.

وفيما يلي ذكر لأهم الأحكام الشرعية الدالة على بداية الشخصية القانونية قبل الولادة:

أولا – حرمة إسقاط الجنين دون عذر

لقد ميز الفقه الإسلامي بين مرحلتين أساسيتين من مراحل التكوين الإنساني قبل الحكم بجواز إسقاط الجنين وهما[4]:

---

[1] صحيح البخاري، حديث رقم 3036، شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2643.

[2] سورة الإسراء، الآية 85.

[3] François Terré, Dominique Fenouillet, Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités, Ed. Dalloz, 1996, p. 15 et s.

[4] مهند صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2002، ص 43 – 44.

المرحلة الأولى: من تكوّن النطفة واستقرارها داخل الرحم إلى غاية مرور 120 يوما على بداية الحمل. ويمر فيها الإنسان بثلاثة أطوار وهي: النطفة ثم العلقة، فالمضغة. وللفقهاء في هذه المرحلة آراء سبقت الأدلة العلمية المتوصل إليها في عصرنا. فعند المالكية لا يجوز الإسقاط في أي مرحلة من مراحل الحمل، وإذا نفخت فيه الروح، حُرِّمَ إجماعا. وعند بعض **الحنفية** "تُعتبر النطفة في الرحم ما لم تفسد، فهي معدة للحياة، ولأن منها شخص حي، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل". وذهب الإمام **(الغزالي)** من فقهاء **(الشافعية)** إلى أن: "الإجهاض والوأد، جناية على موجود حاصل. وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية، فإن صارت مضغة أو علقة كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشا...".

وهذا الفريق لم يقيد الحياة في طور من أطوار خلق الإنسان، إذ يعتبر بدايتها من أول اتصال للحيوان المنوي بالبويضة، وتشكل النطفة الأمشاج أو البويضة المخصبة "Zygote" أين تتحد الخصائص الوراثية للمخلوق الجديد[1].

وبهذا الحل أخذت محكمة Maryville الأمريكية سنة 1989 بعد أن طلبت شهادة أهل الاختصاص في بيان بداية الحياة الإنسانية بخصوص المضغ المجمدة " Les embryons congelés" في قضية طلاق اختلف فيها الزوجان حول سبعة مضغ مجمدة رُصدت كمشاريع لأطفال الأنابيب، إذ أرادت الزوجة الاحتفاظ بها، في حين طلب طليقها هدمها[2].

المرحلة الثانية: وتمتد بعد مرور 120 يوما من بداية الحمل إلى إتمام عملية الولادة، ويستقر رأي جمهور الفقهاء فيها على حرمة المساس بحياة الجنين مطلقا ما لم تكن هناك ضرورة شرعية ملجئة لذلك، والضرورة المقصودة إما الحفاظ على حياة الأم، وإما إصابة الجنين بتشوه خطير أو مرض وراثي خطير [3].

---

[1] أحمد القاسمي الحسني، المرجع السابق، ص 40.

[2] أخذت المحكمة الأمريكية: شهادة الطبيب الفرنسي "Jérome Lejeune" بصفته عضوا في الأكاديمية الأمريكية للفنون والعلوم الذي صرح بأنه: "بمجرد التلقيح، تشتمل الشفرة الوراثية والبنية الجزيئية للبويضة المخصبة "Zygote" على كل ما سيشكل جسد وروح الإنسان، وبمجرد التلقيح، أي مع أول مرحلة بيولوجية يكون الإنسان في طور التكوين إنسانا حيا ومنفصلا تمام عن أمه التي تمده بالغذاء والحماية فقط..."
Lettre de mars 2004, N° 51, http://www.génétique.org

[3] – سعد الدين مسعد هلالي، إجهاض جنين الاغتصاب في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد 41، السنة 15، يونيو 2000، ص 247.

وعلة تحريم الإسقاط بعد نفخ الروح سببها ثبوت بدء الحياة في هذه المرحلة تزامنا مع بدء عملية التخلق وظهور المعالم الجسمانية وتشكلها[1].

ونخلص إلى أن الشريعة الإسلامية تؤسس مفهومها للذمة أو الشخصية القانونية على حقيقة مادية ومعنوية ألا وهي أن الإنسان مخلوق من جسد وروح منذ فترة تكوينه في بطن أمه، وما الولادة إلا خروج من الحياة المستترة إلى الحياة الظاهرة لقوله تعالى:

﴿ ... وَنُقِرُّ فِي الأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلا ﴾[2].

ثانيا – توريث دية الجنين

يعتبر الاعتداء على الجنين والعقوبات الشرعية المقررة لأجله، باب كبير من أبواب فقه الجنايات في الشريعة الإسلامية. وقد اعتمد الفقه الإسلامي على مرحلة نفخ الروح، في تحديده لدية الجنين كما اتفق الفقهاء المسلمون على أن هذا الضمان المالي حق للجنين يورث عنه، ولكن الجاني إن كان قريبا ولو أبا أو أما لا يرث من الغرة[3] شيئا، لأنه قاتل بغير حق لقوله صلى الله عليه وسلم: « ليس لقاتل ميراث »[4] وللمذاهب الفقهية في المسألة تفصيل[5].

الحنفية: إن الجنين الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع الأحكام الخاصة بالجناية عليه وفي إيجاب ديته، لأنه إذا استبان بعض خلقه تميز عن العلقة والدم، فكان نفسا تجب في قتلها الدية.

– مسفر بن علي بن محمد القحطاني، إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد 54، السنة 18، سبتمبر 2003، ص 159.

– قرار المجمع الفقهي بشأن إسقاط الجنين المشوه خلقيا المنعقد بمكة المكرمة في 15 رجب 1410هـ الموافق لـ 10 فيفري 1990.

– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن مرض نقص المناعة المكتسب المنعقد بأبو ظبي من 1 – 6 ذي القعدة 1415هـ الموافق لـ 1-6 أفريل 1995. www.fiqhacademy.org

[1] محمد عز الدين توفيق، المرجع السابق، ص 142 – 143.

[2] سورة الحج، الآية 05.

[3] الغرة هي اسم للضمان المالي الذي يجب بالجناية على الجنين، والغرة إما عشر الدية أو نصف عشرها وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء (راجع حسن علي الشاذلي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 01، مارس 1979، ص 37.

[4] محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، بيت الأفكار الدولية، السعودية، ط 2004، حديث رقم 2646.

أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، السعودية، ط 2004، حديث رقم 4564.

[5] أحمد الحصري، السياسة الجزائية، المجلد 3، دار الجيل، بيروت، ط 3، 1993، ص 839 وما بعدها.

حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

وما يجب في الجنين يعتبر تركة يرثها أهله ما عدا قاتله، لأنه بدل نفسه، والبدل عن المقتول لورثته، إلا إذا كان الجاني من الورثة، فإنه لا يرث لأنه قاتل لمورثه.

المالكية: تجب الغرة إذا ألقت الأم جنينها ميتا نتيجة اعتداء الجاني عليها، ولو كان ما ألقته مضغة أو علقة فما فوق، بشرط أن تكون الأم قد ألقته ميتا وهي حية، وألا يكون بين الجناية والموت رابطة السببية أي إسقاطه ميتا نتيجة الاعتداء على أمه.

ويرى المالكية توريث الغرة كما في ميراث الميت، وإذا كان الأب ضاربا للأم يلزمه الغرة ولا يرثها، كذلك الأم إذا تعمدت الإسقاط فتجب عليها الغرة ولا ترث منها.

الشافعية: تجب الغرة في الجنين إذا انفصل عن أمه ميتا كله أو بعضه. فإذا ظهر كله ميتا، أو ظهر بعضه بلا انفصال عنها تجب فيه الغرة لتحقق وجوده، وفي رواية أنه لابد من تمام الانفصال حتى تجب فيه الغرة لأنه قبل الانفصال كالعضو من أمه.

وذهب الشافعية إلى أن الحامل إذا خشيت على حملها في رمضان، لا تصوم، فإذا صامت فأجهضت ضمنت ولا ترث منه لأنها قاتلة له.

الحنابلة: الواجب في جنين الحرة المسلمة غرة إذا سقط نتيجة الاعتداء على أمه بالضرب ونحوه. واشترطوا لوجوب الغرة على المعتدي أن توجد رابطة السببية بين الفعل وسقوط الحمل.

والغرة عند الشافعية والحنابلة تورث أيضا، لأنها دية له، وبدل عنه، فيرثها ورثته، كما لو قتل بعد الولادة لأنها دية حر آدمي، فوجب أن تكون موروثة عنه[1].

الظاهرية: فرّقوا بين الجناية على من لم يبلغ الأربعة أشهر، وبين من بلغها. فأما الذي لم يبلغها فتجب فيه دية الجنين أي الغرة، وأما من بلغ الأربعة أشهر فيفرقون بين قتله عمدا وقتله خطأ، فإذا قتله الجاني عمدا استحق عقوبة القتل العمد في القصـــاص، وأما إذا قتله خطأ، فإنه يجب على القاتل دية الجنين (الغرة)[2].

ويرث الغرة ورثته الذين كانوا يرثونه لو خرج حيا، بعد التيقن من تجاوز الحمل به 120 يوما، لأنه قد نفخت فيه الروح فكان إنسانا حيا ومقتولا، ودية القتيل في القتل العمد

---

[1] أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 852.

[2] أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 856 – 857.

حسن على الشاذلي، المرجع السابق، ص 62 – 63.

أو الخطأ مسلّمة إلى أهله. وأما إذا لم يوقن أنه قد تجاوز تلك المدة، فلا يعتبر مقتولا، وليس لديه حكم دية القتيل[1].

ويشترط (جمهور الفقهاء) في الجنين الذي نزل حيا، ثم مات من أثر الجناية أن يكون قد نفخ فيه الروح لإمكان القول بأن الجناية عليه قد أزهقت روحه. وإذا أدت الجناية إلى انفصال جزء من أجزائه كاليد أو الرجل، ثم تابع نموه في بطن أمه إلى غاية ولادته حيا، فيوجب (الحنفية) و(الحنابلة) في الجزء المصاب مثلما يجب في المولود الحي، أما (الشافعية)، فيوجبون في الجزء المصاب منه جزءا من الغرة، كالجزء الواجب من الدية في المولود الحي الذي يصاب عضو من أعضائه، أو يتلف جزئيا أو كليا[2].

والخلاصة: أن موقف الشريعة الإسلامية من بداية الشخصية القانونية واضح ومدعم بالأدلة الشرعية القوية على اختلاف المذاهب الفقهية، فلا يوازي شرط الولادة شرط نفخ الروح من الناحية الشرعية في مسألة اعتبار الطفل – حيا أو ميتا – شخصا قانونيا قبل ولادته.

المطلب الثالث: الشخصية القانونية للطفل في القانون الجزائري

أفرد المشرع الجزائري للشخصية القانونية المادة 25 من القانون المدني وجمع في بدايتها بين الولادة والحياة. ولكنه بعد تطور العلوم والكشف عن حقيقة الواقعتين، تختلف الولادة كبداية للشخصية القانونية (الفرع الأول) عن الحياة الإنسانية كبداية لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول – الولادة بداية للشخصية القانونية

من المعلوم أن الوقائع الطبيعية تحدث دون أن يتدخل الإنسان في حدوثها، وتشمل تلك الوقائع ما يتصل بالإنسان دون أن يكون لإرادته دخل أيضا في حدوثها كواقعة الميلاد وواقعة الوفاة، ولكن القانون يعتد بهذه الوقائع وإن كانت غير اختيارية، لأن أثرها يسري على الإنسان، فيرتب على حدوثها نشوء بعض الحقوق[3].

---

[1] أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 585 – 859.

[2] عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 5، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص 328 وما بعدها.

[3] محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، ط 1995، ص 15.

أولا – الولادة واقعة بيولوجية

الولادة واقعة بيولوجية أي مادية اختارها القانون لتحديد بداية الشخصية القانونية، بل وبداية الحياة الإنسانية، إذ تنص المادة 25 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري:

"تبدأ شخصية الإنسانية بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته". ولكن ولادة الإنسان بعد دراستها العلمية المتسفيضة، ليست إلا حلقة من حلقات سلسلة من مراحل الخلق الإنساني التي يمر بها كل كائن بشري. ويجب على المشرع الجزائري مواكبة هذه الحقائق العلمية وصياغة النصوص القانونية أو تعديلها على ضوء ما استجد منها.

لقد حصر العلم الحديث دور الولادة في إظهار مخلوق بشري حيّ للعيان، بعد استكمال مراحل تخلقه، وبذلك اعتُبِرت الولادة مجرد لحظات يخرج فيها الجنين من رحم أمه إلى رحم الحياة الدنيا بعد ما مكث شهورا في الرحم الأولى حيا، ويفيدنا التحليل العلمي الدقيق لهذا الحدث البيولوجي، في ضبط مفهوم الولادة، وتحديده عندما يكشف لنا أطباء التوليد والمختصون في علوم الأجنة والتشريح والبيولوجيا بأنها – أي الولادة – الوقت الذي يخرج فيه إنسان حي إلى الوجود، أو يتم إخراجه من رحم إنسان حي آخر، وتقع هذه الفترة الزمنية بين نهاية الحياة السابيائية "la vie amniotique" وبداية الحياة الجسدية "la vie physique" والتي يستقل بها جسد الطفل عن جسد الأم[1].

ويسمي الأطباء لحظة انفصال جسد الطفل المولود عن جسد أمه عند قطع الحبل السري بـــ "التخلص من رحم الأم" "La délivrance de l'utérus de la mère"[2]. وعليه، ما اختيار العلماء والأطباء للمصطلح العلمي "الخروج" أو "التخلص" في تفسيرهم لواقعة الولادة، إلا إثبات للمصطلح القرآني الذي نزل به الوحي على خاتم الأنبياء محمد – صلى الله عليه وسلم – في قوله تعالى:

﴿ وَاللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لاَ تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالأَبْصَارَ وَالأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾[3].

وفي قوله تعالى: ﴿ ... وَنُقِرُّ فِي الأَرْحَامِ مَا نَشَاء إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلا... ﴾[4].

---

[1] Yves Honhon, l'enfant et le droit, p. 3, http://www.parlementdesenfants.fr

[2] (Y) Honbon, op.cit., p. 6.

[3] سورة النحل، الآية 78.

[4] سورة الحج، الآية 05.

وفي قوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلاً...﴾[1].

وبناء عليه، ليست الولادة دليلا علميا على بداية حياة الإنسان، بل نتيجة منطقية وحتمية بيولوجية لسلسلة من المراحل التي سبقتها، وتبقى مجرد واقعة لخروج الطفل من العالم اللامرئي (حياة الرحم) إلى العالم المرئي (العالم الخارجي)، في حين ترجع بداية الحياة الإنسانية إلى فترة التكوين داخل رحم الأم "... إن البويضة الملقحة التي كانت خلية واحدة لا تكاد ترى، قد خرجت الآن بعد تسعة أشهر فقط، تحوي مئات الملايين من الخلايا...هذه اللحظة تعتبر عادة بداية العمر، لكن الوليد في الحقيقة قد عاش إلى الآن تسعة أشهر"[2]. أما القانون، فإذا كان قد جعل من الولادة سببا لاكتساب الشخصية القانونية، فلأنه اختارها كواقعة مادية لذلك، وبإمكانه أن يحدد بدايتها بعد ستة أشهر من الولادة، أو يمنحها للإنسان قبل الولادة[3]، كما نص على ذلك التشريع الأمريكي الصادر سنة 2008 والمعترف بالشخصية القانونية للطفل قبل الولادة.

ثانيا – الولادة واقعة قانونية

الواقعة القانونية كل حدث أو عمل مادي من شأنه أن يعدّل الوضع القانوني القائم ويرتب القانون عليه أثرا، إما أن يكون نشوء حق جديد أو نشوء التزام، وإما أن يكون انقضاء حق قائم أو انتقاله من شخص لآخر[4].

وللواقعة القانونية في الفقه الإسلامي نفس التعريف الوارد في الفقه الغربي فهي: كل عمل مادي رتب عليه الشرع أثرا شرعيا معينا[5].

والولادة كحدث بيولوجي فقط، لا يكفي لاتخاذه أساسا في منح الشخصية القانونية، وتبقى دليلا على وجود الشخص الطبيعي، ولكنها ليست دليلا على وجود الشخص القانوني. ولكي ترتب واقعة الولادة آثارها القانونية يجب أن تقترن ببعض الشروط حسب قانون كل دولة، توافرها يجعل للولادة أهمية مطلقة، وعدم توافرها يجعل أهميتها نسبية:

---

[1] سورة غافر، الآية 67.

[2] محمد عز الدين توفيق، المرجع السابق، ص 157.

[3] (Y) Honhon, op.cit, p. 04.

[4] محمد تقية، المرجع السابق، ص 15.

[5] وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 1979، ص 32.

1. شرط الولادة حيا :

والولادة بتحقق الحياة تكون إما حقيقة أو حكما، فالحياة الحقيقية هي الثابتة للمولود بمشاهدته حيا حياة مستقرة، أما الحياة الحكمية فصورتها وجود الحمل في بطن أمه. أخذ بهذا الشرط المشرع الجزائري في المادة 25 من القانون المدني، والمادتين 134، 187 من قانون الأسرة.

ويرتبط مفهوم الحياة في القانون الجزائري بمفهوم الاستهلال، وهو حكم شرعي من أحكام الشريعة الإسلامية. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « ما من بني آدم مولود إلا يمسّه الشيطان حين يولد فيستهل صارخا من مسّ الشيطان، غير مريم وابنها »[1].

وقال – صلى الله عليه وسلم – « لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا »[2].

فدل بذلك الاستهلال على خروج المولود حيا، وعدم استهلاله هو عدم نزوله من بطن أمه حيا، وذلك بأمارة تدل على حياته كالصياح، البكاء، التثاؤب، العطاس، التحرك، الرضاع أو فتح العينين[3]. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في هذا الشرط قد أخذ برأي جمهور الفقهاء (المالكية – الشافعية – الحنابلة) وهو تمام الولادة، ولم يأخذ برأي (الحنفية) الذين يكتفون بخروج أكثر الجنين حيا[4].

2. شرط القابلية للحياة :

القابلية للحياة "La viabilité" هي ولادة المولود بالأعضاء الضرورية والقادرة على العمل بطريقة تسمح له بمواصلة الحياة خارج الرحم[5]. والمشرع الجزائري وإن لم يذكر الشرط في المادة 25 من القانون المدني المتعلقة ببدء الشخصية القانونية، إلا أنه ومن الناحية العملية يتم إعماله في أقسام التوليد بالمستشفيات الجزائرية[6] بعد نجاح الطب في إنقاذ العديد من الأطفال الخُدَّج "les prématurés" الذين لم يكن في مقدورهم الاستمرار في الحياة بصورة طبيعية داخل الرحم الأصلي أي رحم الأم لعدم إكمال نموهم الفيزيولوجي،

---

[1] صحيح البخاري، حديث رقم 3431.

[2] سنن ابن ماجه، حديث رقم 2751.

[3] محمد محده، التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة الأوراسية، الجزائر، ط 1982، ص 51.

[4] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 50.

[5] Guy Raymond, Droit de l'enfance et de l'adolescence, Ed. Litec, 1995, p. 13.

[6] Journal El Watan du 28 novembre 2006, p. 06.

فيخضعون خارج الرحم إلى رعاية طبية مكثفة من أجل البقاء على قيد الحياة[1]. مع العلم بأن المعايير المتبعة في تحقيق شرط القابلية للحياة قد حدّدتها منظمة الصحة العالمية (OMS) سنة 1977 بتحقق أحدها: إما أن يمر على الحمل أكثر من 22 أسبوعا أو أن يكون وزن الجنين أكثر من 500غ[2].

3. شرط التصريح بالولادة أمام مصلحة الحالة المدنية :

يبقى الوجود القانوني لكل شخص طبيعي مرهونا بالتصريح بولادته أمام مصلحة الحالة المدنية وقد أخذ بهذا الشرط المشرع الجزائري في المادتين 26، 27 من القانون المدني، إلى جانب الإجراءات المفصلة بشأن التصريح بالولادة والواردة في قانون الحالة المدنية من المادة 61 إلى المادة 70 منه. بالإضافة إلى الحماية الجنائية المقررة في المادة 442 ف 3 من قانون العقوبات الجزائري، والتي تعتبر عدم التصريح بالولادة من الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للطفل[3].

ويعتبر شرط التصريح بالولادة أهم الشروط المؤسسة للوجود القانوني للإنسان عامة والطفل خاصة أي المانحة لشخصيته القانونية لأن التصريح يثبت الولادة بجملة من البيانات حسب المادة 63 من قانون الحالة المدنية، وبهذه الوثيقة تثبت نهائيا الحقوق التي اكتسبها الجنين قبل ولادته، فتتأكد شخصيته القانونية، وبها أيضا يُعْرَف سن التمييز وسن الرشد المدني والجنائي وكل ماله علاقة بثبوت وحماية حقوق الطفل بعد ولادته[4].

وإذا كان الوجود القانوني يُثْبَت بتحرير وثيقة ميلاد الطفل بعد التصريح بواقعة الولادة أمام ضابط الحالة المدنية، فإن عدم التصريح بذلك لا ينفي وجوده الإنساني، وإن كان ينفي شخصيته القانونية، ويشهد الواقع حالات كثيرة بفقدان هذه الازدواجية أي الوجود الإنساني دون الوجود القانوني، وغالبا ما يتسبب فيها أحد الوالدين أو كلاهما، ليترتب

---

[1] (F) Terré, (D) Fenouillet, op.cit, p. 19.
[2] (F) Terré, (D) Fenouillet, op.cit, p. 20.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2002، ص 133.

[4] إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، سنة 1987، ص 958.

على ذلك – أي عدم التصريح بالولادة – ضياع أهم الحقوق للأبناء كالحق في الاسم والحق في التعليم وغيرها[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى التصريح بولادة الطفل الحي، يسمح القانون الجزائري بالتأشير بولادة الطفل – الميت في الدفتر العائلي إذا طلب أبواه ذلك حسب نص المادة 114 من قانون الحالة المدنية. ولكن تطبيق هذا النص الخاضع لرغبة الوالدين لا يحفظ للميت كرامته الإنسانية، فلا وجود لنصوص قانونية أو اجتهادات قضائية تقضي بالحصول على جثة المولود الميت أو المجهض من المستشفى ليحظى بجنازة تليق به كآدمي فيبقى في المستشفيات كجزء من النفايات المُكوّنة من الأعضاء الجسدية " Déchets anatomiques" والتي تكون نهايتها الحرق "Incinération".

الفرع الثاني – الحياة الإنسانية بداية للشخصية القانونية

ربط المشرع الجزائري بداية الشخصية القانونية بولادة الإنسان، ولكنه اشترط الحياة الإنسانية لثبوت الحقوق والتمتع بالنظام القانوني المسمى بالشخصية القانونية – والحياة الإنسانية في حقيقتها تسبق الولادة، وقد اعتدّ المشرع الجزائري بذلك في القانونين: المدني والجنائي.

أولا – في القانون المدني

تنص المادة 25 من القانون المدني بفقرتيها على أن :

" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا ".

ويلاحظ على غرار شراح القانون المدني، تقسيم الشخصية القانونية للإنسان إلى قسمين متداخلين وإن بدت الصورة عكس ذلك وهما: شخصية قانونية قبل الولادة، وشخصية قانونية بعد الولادة. شخصية الإنسان قبل الولادة تعددت تسمياتها، فهي احتمالية، افتراضية، مشروطة، حكمية، أو تقديرية[2]. أما شخصيته بعد الولادة فحقيقية، يقينية أو كاملة[3].

---

[1] كيف التماس العذر مثلا للأب الذي له ستة من الأبناء، ثلاثة منهم معاقون حركيا وغير مصرح بولاداتهم، وقد احتج على عدم التصريح، بانشغاله الدائم بتحصيل قوت العائلة لفقره الشديد. أنظر جريدة الخبر الصادرة يوم 04 جوان 2007، ص 06.

[2] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 51.

[3] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المرجع السابق، ص 143.

ويعترض بعض الفقه على هذا التقسيم الأصلي والاستثنائي للشخصية القانونية لأنه يؤدي إلى منطق غير سليم[1]، إذ يرفض وجود أشخاص تبدأ شخصيتهم القانونية بعد الميلاد، وآخرون تبدأ عندهم قبل الميلاد، لأن الأشخاص جميعهم بشر، ويمرون لا محالة بمرحلة التكوين في رحم الأم وعليه يجب حسم بداية الشخصية من حيث أن الإنسان موجود أو غير موجود، وعدم قبول أنصاف الحلول بخصوص وجوده[2].

ولأن الحياة الإنسانية هي سبب التمتع بالحق بالنسبة للشخص الطبيعي، اعترف المشرع الجزائري صراحة للطفل قبل الولادة بصلاحية اكتساب الحقوق حسب المادة 25 الفقرة 02 من القانون المدني، وجعل لهذا النص تطبيقات كثيرة في قانون الأسرة دون تفرقة بين الحقوق التي تحتاج إلى قبول من صاحبها كالهبة (المادة 209 من قانون الأسرة) وتلك التي لا تحتاج إليه كالنسب (المادة 43 من قانون الأسرة) والميراث (المادة 173 قانون الأسرة) والوصية (المادة 187 منه).

وبناء عليه، تكون النتيجة المنطقية أن الطفل قبل الولادة – أي الجنين – في القانون الجزائري، شخص قانوني وصاحب حق يتمتع بأهلية الوجوب ومناطها الحياة الإنسانية، وليس لها علاقة بالسن، أو العقل، أو البلوغ، أو الرشد، ولا تتأثر بأي عارض ما عدا الموت. كل ما في الأمر، أن الشخصية القانونية في هذه المرحلة تكون احتمالية وموجودة، وتثبت له نهائيا بعد الولادة حيا لتصير شخصية يقينية دون فقدانها لصفة الوجود[3].

فالشخصية موجودة ومثبتة في حق الطفل قبل ولادته، ولكنها تتدرج في الثبوت، وتبقى جميع الحقوق التي يكتسبها معلقة على شرط واقف هو تمام الولادة حيا، إذا تحقق تأكدت شخصيته وثبتت له بصفة يقينية، وإذا لم يتحقق تعتبر كأن لم تكن[4].

ونرجح هذا التفسير لما فيه من سداد في التحليل يوافق العقل والعلم والواقع، بعدما اضطر الإنسان – وللأسف – إلى مناقشة مسألة اعتراف القانون بإنسانيته قبل ولادته. ونؤيده لأنه اعتبر "تمام الولادة حيا" شرطا لتأكيد شخصية سابقة على الولادة وليس شرطا لبدء

---

[1] إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 970.

[2] (F) Terré, (D) Fenouillet, op.cit., p. 23.

[3] إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 969.

[4] إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 961.

شخصية قانونية جديدة، والفقرة 01 من المادة 25 من القانون المدني يجب أن تفسر على ضوء ما تقرره فقرتها الثانية، ولو استبدل المشرع كلمة "تبدأ" الواردة في الفقرة الأولى بكلمة "تثبت" لزال كل التباس وغموض حول بداية الشخصية القانونية للإنسان[1].

ونضيف من اجتهادنا، دليلا آخر على بداية الشخصية القانونية للإنسان قبل ولادته، ممثلا في النص الفرنسي للمادة 25 من القانون المدني[2] التي ترجمت في الفقرة الأولى كلمة "إنسان" بـــ "L'enfant vivant" وترجمتها الصحيحة "الطفل الحي" بينما ترجمت كلمة "إنسان" تكون "être humain" أو "L'Homme". كما أن الفقرة الثانية للنص الفرنسي اعتبرت "L'enfant conçu" متمتعا بالحقوق التي منحها له القانون وترجمتها الصحيحة بالعربية "الطفل في طور التكوين وليس "الجنين" كما ورد في النص العربي.

وعلى الرغم من اعتماد رجال القانون والعاملين في قطاع العدالة في الجزائر، اللغة العربية في توظيف وتفسير المواد والأحكام القضائية لكونها اللغة الرسمية في الدولة بنص المادة 03 من دستور 1996[3]، إلا أنه يتم نشر النصوص القانونية في الجريدة الرسمية باللغتين، مما دفعنا إلى المقارنة بين نصي المادة 25 من القانون المدني (العربي والفرنسي)[4].

والسؤال الذي نطرحه: هل أخطأ المشرع الجزائري عندما جعل النص الفرنسي أكثر تعبيرا من النص العربي بخصوص تدرج شخصية الطفل من فترة التكوين إلى فترة الولادة ؟ ولماذا تم التشديد على استعمال كلمة "الطفل" في النص الفرنسي سواء كان مولودا أو في طور التكوين enfant vivant / enfant conçu، وأُهمِل ذكر ذلك في النص العربي؟.

نخلص إلى أنه مهما يكن من أمر النصوص يبقى ثبوت الشخصية القانونية مرهونا ببداية الحياة الإنسانية، التي تبدأ قبل الولادة وليس بعدها، بالإضافة إلى أن الولادة كشرط بمفرده غير كاف لمنح الشخصية القانونية في غياب ما سبق بيانه خصوصا التصريح بالولادة،

---

[1] إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 961.

[2] Art. 25 : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et finit par la mort.
- L'enfant conçu jouit des droits déterminés par la loi à la condition qu'il naisse vivant ».

[3] تنص المادة 03 من دستور 1996، "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية".

[4] JORA du 26 juin 2005, N° 44, p. 17.

لأن شهادة الميلاد دليل قاطع على الوجود القانوني للطفل، ومصدر أساسي لبياناته الشخصية التي من شأنها حماية حقوقه[1].

ثانيا – في القانون الجنائي

لا يهتم القانون الجنائي بالمفهوم المجرد للحياة الإنسانية بل يهتم بحمايتها الحقيقية والملموسة. ويقر الفقه الجنائي بأن الجنين إنسان مثل باقي الناس، ويتمتع بحقوق كثيرة[2]، ولكنه يرى بأن قانون العقوبات عندما يتناول حماية هذا الإنسان من الاعتداءات الواقعة على جسده، يفرق بين الإجهاض[3] والقتل[4] وأعمال العنف (الضرب والجرح)[5]، وإن كان بعض المتخصصين في فقه الجرائم يعتبر الإجهاض من الجرائم الملحقة بالقتل[6]، وهو ما أخذ به قضاة المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2002/02/12[7]: "الإجهاض هو قتل الجنين في بطن أمه ووضعه ميتا قبل الأجل القانوني لميلاده".

ويستوقفنا بخصوص البحث عن موقف المشرع الجنائي من بداية الشخصية القانونية تكييف الاعتداءات على الإنسان قبل ولادته في قانون العقوبات الجزائري، فنجد أحكاما جنائية تستهين بحياة الإنسان في طور التكوين، كحالة الاعتداء المتعمد على حياته والمفضي إلى جرحه أو موته. فالشخص المعتدي إذا كان لا يعلم أن المرأة حامل، ولم يكن ينوي أو يقصد إسقاط حملها، أو ظن أنها كذلك ثم اعتدى عليها بالضرب أو نحوه من أعمال الإيذاء، فسقط حملها بعد اعتدائه، سيتابع بجريمة الضرب أو الإيذاء أو غيرها من الجرائم الواقعة على الأشخاص، ولكن في مواجهة المرأة الحامل فقط، وليس الطفل الذي تحمله.

أما إذا كان لا يعلم أن المعتدى عليها حامل، ولم يكن حملها ظاهرا للعيان، وباعتدائه سقط طفلها، فيتابع أيضا باعتدائه على الحامل بجنحة الضرب والجرح العمد، ولا يتابع بجناية القتل العمد أو الضرب العمد المفضي إلى وفاة الجنين[8].

---

[1] Jean Lagadec, Guide du droit de la famille, éd. Solar, 1999, pp. 19 -20.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 43.

[3] أنظر قانون العقوبات الجزائري من المادة 304 إلى المادة 313.

[4] أنظر قانون العقوبات الجزائري من المادة 254 إلى المادة 263.

[5] أنظر قانون العقوبات الجزائري من المادة 264 إلى المادة 276.

[6] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء 1، دار هومة، الجزائر، ط 2003، ص 35.

[7] المحكمة العليا،غرفة الجنح والمخالفات، قرار 12 فيفري 2002، المجلة القضائية، سنة 2002، العدد 02، ص 550.

[8] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 45.

وفي هذا إنكار مبالغ فيه للحياة الإنسانية التي تتشكل داخل الرحم، خصوصا إذا كان نمو الطفل قد قطع شهورا طويلة: كأن يموت وهو في ستة أشهر أو ثمانية عمدا من جراء هذا الاعتداء، وهذه حالات واقعية فصل فيها القضاء الفرنسي بعد أن استبعد قيام جريمة القتل الخطأ بشأن تلك الأجنة، ولكنه قضى بجواز اعتبار الطفل الذي سيولد « l'enfant à naître » شخصا في مفهوم القانون عندما أدان بتهمة عدم مساعدة شخص في حالة خطر[1]، طبيبا تأخر في التدخل، على الرغم من قيام القابلة بإبلاغه بضرورة إجراء عملية جراحية قيصرية للحامل من أجل إنقاذ الطفل الحي، في قرار صادر عن الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 أفريل 1992[2].

ولا نغادر هذا التحليل دون التطرق إلى نص المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري والتي عرفت جريمة القتل بأنها "إزهاق روح الإنسان عمدا"، وإزهاق الروح يقتضي أن يكون المجني عليه إنسانا حيا. ولكن الحياة الإنسانية في معنى النصوص الجنائية المجرمة للقتل، لا تنصرف إلى الجنين، لأنها لا تبدأ إلا من لحظة "ميلاده" حيث يبدأ من عندها الاعتراف القانوني بالحياة التي يشكل إهدارها قتلا[3]. وعليه، ترتبط الحماية الجزائية بشخصية الإنسان التي تبدأ بالولادة حيا. ونتساءل في ظل الحقائق العلمية المعاصرة، هل يوجد فرق بين الجنين والإنسان ؟ وهل يمكن من الناحية القانونية إثبات أن الجنين ليس بإنسان ؟ الجواب يكون قطعا بالنفي. فالحياة الإنسانية كحقيقة بيولوجية وطبية أصلها في رحم الحامل، والكائن البشري في طور التكوين مشمول اليوم بحماية تامة في إطار العلوم البيولوجية الجديدة كالهندسة الوراثية، والاستنساخ، وأساليب التلقيح الاصطناعي... الخ[4].

والمشرع الجزائري قد وقع في تناقض صادم بخصوص حماية الحياة الإنسانية قبل الولادة، فإذا لم يكن قد اعتبر الاعتداء على الجنين قتلا في نصوص قانون العقوبات، فإنه اعتبره إنسانا منفصلا عن أمه أي شخصا قانونيا بمفرده عندما منع تنفيذ العقوبة على

---

[1] أنظر المادة 2/182 من قانون العقوبات الجزائري وتقابلها المادة 6-2/223 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.
Ammar Guesmi, op. cit. p. 131 et s.

[2] بودالي محمد، جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الامتناع، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2006، ص 85.

[3] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، الجزء 01، ص 09.

[4] مهند صلاح، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

الحامل والمرضع بموجب نص المادة 16 الفقرة 7 من قانون تنظيم السجون[1] وقد حدد مدة تأجيل العقوبة إلى غاية مرور (24) شهرا في المادة 17 الفقرة 01 من نفس القانون[2] وفي هذين النصين إعمال للحكم الشرعي القاضي بوقف إقامة الحد على الحامل حتى تلد وترضع وتفطم رضيعها.

قال الله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ... ﴾[3]، وقال المصطفى – صلى الله عليه وسلم – : « إذا قتلت المرأة عمدا، لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملا وحتى تكفل ولدها، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها"[4].

وأخيرا، ندعو المشرع الجزائري إلى إعادة ضبط المفاهيم والتنسيق بين النصوص القانونية المختلفة، وصياغتها صياغة منطقية وعلمية، خصوصا بعد تأسيس وإنشاء "المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة" سنة 1996[5] والذي يمكن له المساهمة بصورة متخصصة في دراسة وتوضيح ما يمس بالصحة وما يتعلق بأخلاقيات الطب إذا ما تعلق الأمر بحماية حياة الإنسان قبل ولادته تفاديا لتشييئه.

المبحث الثاني: النيابة الشرعية شرط لممارسة حقوق الطفل

لا يستطيع الإنسان في حالة انعدام أهليته أن يتولى بنفسه إدارة شؤونه وأمواله أو إجراء التصرفات القانونية المتعلقة بها، وإن كان يستطيع ذلك في حالة نقص أهليته ضمن حدود وشروط. وفي مثل تلك الحالات، سيحتاج الشخص الطبيعي إلى شخص آخر كامل

---

[1] تنص المادة 16 الفقرة 07 من قانون تنظيم السجون: "يجوز منح المحكوم عليه نهائيا، الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السابقة للحرية في الحالات التالية:

7- إذا كانت امرأة حاملا، أو كانت أما لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين (24) شهرا.

[2] تنص المادة 17 الفقرة 01 من قانون تنظيم السجون: "يؤجل تنفيذ العقوبة في الحالات المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه، لمدة لا تزيد عن ستة (06) أشهر، فيما عدا الحالات الآتية:

1- حالة الحمل، وإلى ما بعد وضع الحامل حملها بشهرين كاملين، حال وضعها له ميتا، وإلى أربعة وعشرين (24) شهرا حال وضعها له حيا.

[3] سورة الإسراء، الآية 33.

[4] سنن ابن ماجه، رقم 2726.

[5] المرسوم التنفيذي رقم 96 – 122 المؤرخ في 18 ذي القعدة 1416هـ الموافق لـ 06 أفريل 1996 المتعلق بتشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 22.

الأهلية، يرعى مصالحه ويشرف عليها، وينوب عنه في إجراء التصرفات القانونية مع إجازة ما يصح منها.

ندرس هذا النظام الشرعي – القانوني من خلال المقصود بالنيابة الشرعية (المطلب الأول)، أحكامها بالنسبة للطفل في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني) وأحكامها بالنسبة للطفل في القانون الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المقصود بالنيابة الشرعية

نتطرق في هذا المطلب إلى دراسة ثلاثة محاور، لتوضيح المقصود بالنيابة الشرعية وهي على التوالي: مفهومها (الفرع الأول)، أنواعها (الفرع الثاني)، وثبوتها بصغر السن وانتهاؤها بالبلوغ كأسباب تتعلق بالطفل (الفرع الثالث).

الفرع الأول – مفهومها

"النيابة الشرعية" مصطلح شرعي، وتعني قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية. والنيابة تعني قيام شخص مقام آخر للإشراف عليه والتصرف عنه، لسبب من الأسباب، وذلك بأن يباشر النائب العقود والتصرفات، ويقوم بتنفيذها، ويباشر الالتزامات المترتبة عليها، ولكن الآثار تقع على الشخص الذي ينوب عنه جبرا عليه، ما دام النائب مستوفيا الشروط الشرعية[1].

والحكمة من مشروعية النيابة الشرعية تحقيق التضامن الاجتماعي والتكافل بين أفراد المجتمع، فمن استطاع أن يتصرف بشؤونه المالية والشخصية فله ذلك، ومن لم يستطع ذلك لسبب معين، يقوم غيره مقامه وينوب عنه في القيام بشؤونه، والإشراف على نفسه وماله.

وقد تُستمد النيابة من الشارع كنيابة الأب عن الصغير، وهذه ولاية تثبت دون اختيار أو تعيين لأنها بحكم الشرع. وقد تُستمد من شخص آخر، فإما أن تكون الولاية عامة كولاية القاضي، وإما أن تكون ولاية خاصة كنيابة الوكيل عن الموكل، ونيابة الوصي عن الموصي والقيم[2].

---

[1] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار العلم دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط 1، 1993، ص 159.

[2] مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، المطبعة الجديدة، دمشق، ط 5، 1978، ص 9 – 10.

ولقد سارت القوانين العربية على إطلاق كلمة الولي على من يقوم بأمور القاصر بحكم الشرع والقانون من الأقارب، دون حاجة إلى القضاء أو الاختيار كولاية الأب، وعلى إطلاق كلمة الوصي على من يلي أمور القاصر من غير الآباء والأولياء إما باختيار الأب أو بتعيين من القاضي، وعلى إطلاق كلمة القيم على من يعينه القاضي للإشراف على المحجورين كالمجنون والمعتوه والسفيه[1].

الفرع الثاني – أنواعها

المبدأ العام في أنواع النيابة كونها إما إجبارية يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر، وذاك هو الولي كنائب شرعي للقاصر. وإما نيابة إختيارية موضوعها تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة. ونتطرق لأنواع النيابة الشرعية حسب المصدر الذي تثبت به، ثم حسب المحل الذي تقع عليه.

أولا – أنواعها حسب المصدر الذي تثبت به[2]

تنقسم النيابة الشرعية حسب المصدر الذي تثبت به إلى:

1. النيابة الأصلية:

هي الولاية التي يثبتها الشرع لشخص معين، كولاية الأب أو الجد على الصغير، وهي أصلية لأنها تثبت بحكم شرعي، ويسمى النائب فيها بالولي، ويقوم مقام ابنه بشكل كامل لتوفر الرعاية والشفقة عليه والحرص على مصلحته ونفعه.

2. النيابة غير الأصلية:

وتثبت للشخص بإنابة شخص آخر أو تكليف منه، وهي ثلاثة أقسام:

أ. النيابة القانونية: تسمى كذلك إذا كان المصدر الذي يضفي على النائب صفته ويحدد نطاقه هو القانون، وتشمل الولي والوصي. والنيابة القانونية يكون مصدرها الشرع في الحقيقة، لأن الولي نائب عن المولى عليه بحكم الشرع ثم القانون، والقاضي أيضا نائب عنه بحكم الشرع ثم القانون كما في ولاية التزويج.

---

1 مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 39.

2 محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 160-161.

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق قي الفقه الإسلامي، الجزء 05، ص 119 وما بعدها.

ب. النيابة القضائية: وتسمى كذلك إذا كان القضاء هو الذي يعين النائب، ويسمى هذا الأخير أيضا أمينا أو قيما أو وصي القاضي.

ج. النيابة الاتفاقية: وتسمى كذلك إذا كان الاتفاق هو الذي يحدد نطاقها وصفة الشخص فيها، ويتحقق ذلك في عقد الوكالة الذي يعتبر مصدرا للنيابة الاتفاقية في الفقه الإسلامي والفقه الغربي على السواء[1].

ثانيا – أنواعها حسب المحل الذي تقع عليه[2]

تقع النيابة الشرعية إما على النفس، وإما على المال، وهما محل تقسيمها إلى: الولاية على النفس، والولاية على المال.

1. الولاية على النفس:

هي سلطة الإشراف على الشؤون المتعلقة بشخص القاصر ومن في حكمه، والإشراف يكون على الشؤون الشخصية كتعليمه وتأديبه وعلاجه ونحو ذلك.

وحق الولاية على النفس يثبت جبرا على الصغير، وعلى الولي، ولا اختيار فيه لواحد منهما. ولا يمتنع عنها الولي إلا إذا تخلف شرط من شروط ولايته، فيقوم غيره محله.

2. الولاية على المال:

هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها. وتشمل كل ما يتصل بأموال الصغير، ويلزم الولي القيام والإشراف على رعايتها، وحفظها من التلف والضياع، أو الاعتداء من الغير، والعمل على تنميتها والمتاجرة فيها بالأوجه المشروعة.

وتشمل الولاية على المال أيضا، الإنفاق والصرف من أموال القاصر على القاصر نفسه، وما يحتاجه من طعام أو كسوة أو تعليم، من غير إسراف ولا تقتير، وذلك حتى يبلغ القاصر سن الرشد، فيسلم إليه ماله[3].

---

[1] « لا يصح التوكيل من الصبي غير المميز مطلقا، ولا يصح توكيل الصبي المميز بما لا يملكه بنفسه كالهبة ونحوها من التصرفات الضارة به، ولا يصح في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار إلا بإذن وليه. أما الوكيل فيجب أن يكون مميزا، فلا تصح وكالة الصبي غير المميز، لأن الوكيل يعبر عن إرادته الكاملة. ولكن لا يشترط في الوكيل بلوغ سن الرشد، فتصح وكالة الصبي المميز عند جمهور الفقهاء، بخلاف الإمام الشافعي الذي لا يرى صحة وكالة الصبي المميز.

أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء 05، ص 132 وما بعدها.

[2] محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 160-161.

[3] صلاح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1976، ص 34 – 35.

ويلاحظ أن الولي على النفس قد يكون وليا على المال أيضا كالأب، وقد يكون ولي المال غير ولي النفس كالوصي، لأن الولاية على النفس تكون بالقرابة وأساسها الشفقة والعطف على الصغير، بينما الولاية على المال أساسها اختيار الولي العارف بالمعاملات والتصرفات المالية والقادر عليها، تحقيقا لمصلحة الصغير[1].

الفرع الثالث – ثبوتها بصغر السن وانتهاؤها بالبلوغ

تثبت النيابة الشرعية كقاعدة عادة لعدة أسباب ذكرتها المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري[2] ويهمنا منها صغر السن كسبب شرعي وقانوني لثبوتها. كما أن أسباب انتهائها عديدة، منها ما ورد بخصوص انتهاء الولاية[3]، ومنها ما ورد بخصوص انتهاء الوصاية[4]، ولكن بلوغ القاصر سن الرشد أهم سبب ينهيها حسب نص المادة 86 من قانون الأسرة[5].

أولا – صغر السن كسبب لثبوت النيابة الشرعية

إن السبب في منح الغير حق النيابة أو الولاية على الصغير في النفس والمال هو عجزه عن القيام بشؤون نفسه، وممارسته التصرف وتنفيذه، وفقدان أهلية الأداء التي تخول الشخص ممارسة التصرفات لعدم التمييز بين النفع والضرر، والخير والشر، والمصلحة والمفسدة.

والصغر وصف في الإنسان من حين ولادته إلى أن يبلغ الحلم. قال عز وجل: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ﴾[6].

وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : « رُفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبُر وعن المجنون حتى يعقِل أو يفيق »[7].

والصغير في الشريعة الإسلامية إثنان[8]:

---

[1] مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 47.

عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء 02، المطبعة الجديدة، دمشق، ط 1979، ص 277.

[2] تنص المادة 81 من قانون الأسرة « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ».

[3] أنظر المادة 91 من قانون الأسرة.

[4] أنظر المادة 96 من قانون الأسرة

[5] تنص المادة 86 من قانون الأسرة: « من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني ».

[6] سورة النور، الآية 59.

[7] سنن ابن ماجه، حديث رقم 2041، جامع الترمذي، حديث رقم 1423.

[8] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 439.

1. الصغير الغير المميز:

وتمتد مرحلته من الولادة إلى بلوغ سن التمييز التي قدّرها الفقهاء كحد أدنى بسبع سنوات استنادا إلى حديثه – صلى الله عليه وسلم – « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع »[1].

وتثبت للصغير في هذه المرحلة، أهلية الوجوب الكاملة دون أهلية الأداء، لأن مناط هذه الأخيرة العقل والتمييز والإدراك، فلا اعتبار للتصرفات والعقود التي يبرمها مطلقا، ولا يمكنه ممارسة الحقوق أو التصرف فيها، فإن صدر منه قول كالبيع والإجازة، أو فعل كالتسليم والقبض فإنه باطل شرعا، لذلك ينوب عنه في حفظ أمواله والتصرف فيها، ومباشرة العقود وسائر التصرفات وليه أو وصيه[2].

2. الصغير المميز:

ويمتد طوره من سن السابعة حتى سن البلوغ. ويعتبر الطفل في هذا الطور في مرحلة وسط بين الإدراك التام من جهة، وعدم الإدراك المطلق من جهة ثانية، إذ يستطيع على العموم التمييز بين المعاملات القانونية، ويدرك إلى حد ما آثارها ونتائجها، ولكنه مع ذلك، لصغر سنه وقلة خبرته، لا يدركها إدراكا كافيا. وبمراعاة هذان الاعتباران معا، يسمح للطفل مبدئيا بإجراء بعض التصرفات القانونية، فلا يمنع عن كل تصرف كالصغير غير المميز، ولا يجري كافة التصرفات بنفسه كالبالغ الراشد[3].

وتنقسم في هذه المرحلة تصرفات الصبي المميز عند (جمهور الفقهاء) إلى تصرفات صحيحة ونافذة، وهي النافعة له نفعا محضا كقبول الهبة، وتصرفات باطلة وهي الضارة به ضررا محضا كالتبرع بماله، وتصرفات موقوفة على إجازة وليه وهي الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة، وقد خالف (الشافعية) هذا الرأي إذا جعلوا أهلية الصغير واحدة دون تفرقة بين غير المميز والمميز، ويقوم وليه أو وصيه بكل العقود بالنيابة عنه[4].

---

[1] سنن أبي داود، حديث رقم 459.

[2] محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 139.

[3] هشام القاسم، المرجع السابق، ص 346 وما بعدها.

[4] محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 142.

بقي أن نشير إلى أن هذه المرحلة في القانون الجزائري تمتد من سن الثالثة عشر (13) وهي سن التمييز حسب الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني: « يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة »، وتنتهي ببلوغ سن الرشد المحدد بتسعة عشر كاملة حسب نص المادة 40 الفقرة الثانية من نفس القانون: «وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».
أما عن حكم التصرفات القانونية للقاصر في القانون الجزائري، فقد فصلت فيها – حسب أنواع التصرفات المقررة شرعا – المواد 82[1]، 83[2]، 84[3] من قانون الأسرة.

ثانيا – البلوغ كسبب لانتهاء النيابة الشرعية

ينتقل الطفل بالبلوغ من "طور الطفولة إلى طور تَحمُّل المسؤولية، وأداء التصرفات القانونية وتطبيق الأحكام الشرعية، و البلوغ قد يكون بلوغا جسميا أو بلوغا عقليا.
فأم البلوغ الجسمي فعلاماته جسمية عند الوصول إلى سن معينة أدناها تسع سنوات في الأنثى واثنتا عشرة سنة في الذكر، وأقصاها خمس عشرة سنة في الأنثى، وثمان عشرة سنة في الفتى على الغالب في الفقه الإسلامي[4].
وأما البلوغ العقلي، فهو الرشد الذي يكون للإنسان فيه بصيرة مالية، يُحسن بها التصرف في المال.
ومن عظمة التشريع الإسلامي أنه فرّق بين انتهاء الولاية على النفس والولاية على المال، على أساس بلوغ الصغير المعتبر شرعا. فبلوغ النكاح كاف لإثبات البلوغ الذي تنتهي به الولاية على النفس، وهو بلوغ الحُلُم أو سن التناسل بظهور علامات الذكورة في الغلام، وعلامات الأنوثة في الفتاة. وقد جعل الله تعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين الصغير والكبير في قوله عز وجل: ﴿ وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[5].

---

[1] تنص المادة 82: « من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة ».
[2] تنص المادة 83: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر... ».
[3] تنص المادة 84: « للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك ».
[4] صالح جمعة حسن الجبوري، المرجع السابق، ص 368– 369.
عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها.
[5] سورة النساء، الآية 06.

وتجدر الإشارة إلى أن انتهاء الولاية على النفس بالنسبة للصغير يكون بالبلوغ الجسمي أو الطبيعي أي سن الزواج، ولكن الولاية على النفس بالنسبة للفتاة تبقى قائمة بعد بلوغها الجسمي مع اختلاف حالها قبل البلوغ وبعده. فقبل البلوغ تكون ولاية تزويجها إجبارية وبعده تكون ولاية استحباب ومشاركة في الاختيار، إذ يتولى وليها فقط صيغة العقد على رأي جمهور الفقهاء[1].

وأما الولاية على مال الصغير، فتنتهي ببلوغ حد آخر هو إيناس الرشد أو الرشد المالي وقد اشترطت الآية الكريمة: ﴿ وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[2] ثلاثة أمور تسبق دفع المال إلى الصغير وهي[3]:

1. ابتلاء اليتامى لقوله تعالى: ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾.

ويُجمِع المفسرون بأن الابتلاء في سياق الآية هو اختبار عقل الصغير، وقدرته على التصرف في المال أي اختباره في المعرفة بالبيع والشراء وحفظ المال، ولا يكون ذلك إلا بالإذن له في التجارة.

2. بلوغ النكاح لقوله تعالى: ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾.

والبلوغ شرط آخر لتسليم المال إلى الصغير، ويقصد به بلوغ الحُلم أي سن الزواج والتناسل.

3. إيناس الرشد لقوله تعالى: ﴿ فإن آنستم منهم رُشدا ﴾.

وقد اختلف الفقهاء في مفهوم الرشد، فجمهور الفقهاء (الحنفية – المالكية – الحنابلة) اعتبروه صلاح التصرف في المال دون الصلاح في الدين، خلافا (للشافعية) الذين جعلوه صلاح الدين والدنيا، في حين اعتبره (الظاهرية) الصلاح في الدين فقط، والراجح في الرشد أنه الصلاح في المال بحفظه وحسن التصرف فيه[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية، لم تحدد الرشد بسن معينة، تاركة أمر ذلك لأولي الأمر في كل دولة، وما اختلاف القوانين في عصرنا بشأن تحديد سن معينة للرشد

---

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 49 – 50.

[2] سورة النساء، الآية 06.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص 274 وما بعدها.

[4] صلاح جمعة حسن الجبوري، المرجع السابق، ص 365 – 366.

عبد السلام الرفعي، المرجع السابق،

إلا دليلا على حكمة الشريعة الإسلامية في جعل تقديره لأولي الأمر بحسب ما يرونه متفقا مع مصلحة القاصرين وضامنا لأموالهم[1].

المطلب الثاني: أحكامها بالنسبة للطفل في الشريعة الإسلامية

يعتبر نظام النيابة الشرعية، وخصوصا مسألة الولاية على القاصر، من أحكم الأنظمة الشرعية التي ضبطت فقه المعاملات والتصرفات بالنسبة للولي والمولى عليه. وهو ما أخذت به القوانين العربية التي استمدت تشريعاتها الأسرية والمالية من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، والملفت للنظر في النظام، أنه خص الطفل جنينا في بطن أمه، بنوع من الولاية على نفسه وماله (الفرع الأول)، بالإضافة إلى إقراره الولاية عليه بعد الولادة وصولا به إلى البلوغ (الفرع الثاني).

الفرع الأول – الولاية على الطفل قبل الولادة

تتحقق الولاية على الطفل في طور التكوين من الناحية الشرعية بنوعيها: على النفس وعلى المال.

أما بالنسبة للولاية على نفسه وهو جنين في بطن أمه، فالضابط العام الذي يجب مراعاته عند القيام بها يكون بمراعاة كل ما فيه صالح الجنين وحفظه ورعايته حتى تمام ميلاده حيا، والامتناع عن كل ما يؤدي إلى ضرره جزئيا أو كليا، سواء كانت الولاية خاصة أو عامة[2]. ويراد بالولاية الخاصة على الجنين ولاية أبويه بالحفظ والرعاية والحنان حتى يخرج إلى الحياة إنسانا كاملا مهيأ لتحمل التكاليف الشرعية كما أمر بها الله تعالى وشرعها. لذلك وجب عليهما شرعا بمقتضى هذه الولاية كل عمل إيجابي يؤدي إلى تحقيق المطلوب، والامتناع عن كل عمل يؤدي إلى الإخلال بهذه الولاية أو بالحقوق المترتبة عليها[3]. أما بخصوص الولاية على مال الجنين، فالفقه الإسلامي مختلف بشأنها على النحو الآتي:

---

[1] مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 33.

عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 168.

[2] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 46.

[3] نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 47.

جمهور الفقهاء (الحنفية – المالكية – الشافعية):

يرى عدم وجود ولاية على مال الجنين لأنه لا يملك إلا حقوقا محدودة، ما لم ينفصل عن أمه، ولا يملك إلا ما فيه مصلحة له، ولأنه ليس لأحد الولاية على ماله قبل ولادته، توضع جميع الأموال التي يملكها بطريق الميراث أو الوصية أو الوقف عند "أمين"، وهذا الأخير لا يملك عملا من أعمال التصرف ولا عملا من أعمال الإدارة[1].

الحنابلة :

تصح الولاية على مال الجنين عند الحنابلة، تأسيسا على ثبوت ذمته المالية وكمال أهلية وجوبه بعنصريها، الإلزام والالتزام، لأنه يملك بالإرث من حين موت مورثه، وإذا حكمنا له بالملك ظاهرا، جاز التصرف في هذا الملك بالنفقة الواجبة عليه على الأقارب والعاملين في أملاكه. وتبعا لثبوت الحقوق له وعليه، تصح الوصاية على الحمل لتولي أموره المالية وأداء ما عليه من حقوق للغير[2].

ونؤيد الرأي الداعي إلى وصاية على الجنين، لأن المال الذي يكون محجوزا له يحتاج إلى حفظ، وإدارة وتنمية واستثمار إذا ورث على سبيل المثال مصانع أو عقارات، ويجب تعيين وصي له ما دامت المعاملات المالية تقتضي السرعة في التعامل. ونشير إلى أن العديد من التشريعات العربية قد أخذت بنظام الوصاية على الحمل[3] ولم يذكر المشرع الجزائري في ذلك نصا.

الفرع الثاني – الولاية على الطفل بعد الولادة

وتشمل القيام والإشراف على مصالح الصغير في الجانبين: النفس والمال. ولكنها بعد الولادة تخضع لأحكام تختلف باختلاف مراتب الأولياء وسلطاتهم ونوع الولاية الممارسة على الطفل.

---

[1] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 155.

[2] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 156.

[3] تنص المادة 176 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصيا مختارا لولده أو الحمل وله أن يرجع عن إيصائه".

تنص المادة 28 من القانون المصري للولاية على المال: "يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المسكن..." وتنص المادة 29 من نفس القانون: "إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المسكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصي الحمل المسكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره".

انظر: مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 126.

<u>أولا – الولاية على النفس</u>

وهدفها رعاية مصالح القاصر منذ ولادته، حتى بلوغه رشيدا. وتشمل ولايات ثلاث هي:

<u>1. ولاية الحضانة والكفالة :</u>

يشرف على الصغير وليه، وحاضنته. والأم تشارك الولي في رعاية الطفل منذ ولادته، حتى انتهاء مدة الحضانة، إذ يتعاونان على القيام بما يحتاجه من الحفظ والرعاية. أما إذا انفصل الزوجان أو مات أحدهما، أو كان أحدهما غير صالح لما خوّل له، فإن الحضانة تنفصل عن الولاية على النفس، فتكون للأم الحضانة، أو لغيرها من النساء حسب الترتيب الشرعي، وتكون الولاية على النفس للأب أو لغيره من ذوي قرابته[1].

<u>2. ولاية التربية والحفظ :</u>

وتشمل ولاية التأديب والتعليم وكل ما يتعلق بتربية الصغير، إلى جانب منع اعتدائه على الغير، ومنع الغير من الاعتداء عليه، إذ يجب على الولي على النفس المحافظة على نفس الصغير وجسمه بمقاضاة المعتدي على الصغير، والمطالبة بعقوبته بالنيابة عنه، وإذا قتل الصغير فإن ولي الدم هو ولي النفس، إلى غير ذلك مما تحفظ به نفس الطفل الصغير[2].

<u>3. ولاية التزويج :</u>

وتنقسم بدورها إلى ولاية إجبار وولاية ندب واستحباب، ففي الأولى اتفق الفقهاء على عدم ثبوتها على الذكر البالغ العاقل، وعلى عدم ثبوتها على الثيب البالغة، ولكنهم اختلفوا في ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة. وأما ولاية الندب والاستحباب، فمعناها أن يندب للمرأة الحصول على إذنها والمشاركة في اختيار زوجها. ويتفق الفقهاء على أن هذه الولاية تكون على الثيب البالغة العاقلة، فليس للأب ولا لغيره تزويجها جبرا بل يشترط إذنها ورضاها[3].

---

[1] صالح جمعة حسن الجبوري، المرجع السابق، ص 189.

محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 07.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 18.

[3] صالح جمعة حسن الجبوري، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

ثانيا – الولاية على المال

تثبت على الطفل إن كان له مال، وتشمل كل ما يتعلق بإدارة ماله، إذ لا يجوز في الشرع أن تترك أموال القصر دون مسؤول عنها. والأصل في ثبوتها على الصغير القاصر قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[1].

وتثبت الولاية على مال الصغير في الفقه الإسلامي على النحو التالي[2]:

الحنفية:

تكون الولاية على المال للأب ثم لوصيه، ثم للجد، ثم لوصيه. والمذهب يثبت الولاية للجد ولكنه يؤخرها بعد مرتبة وصي الأب، وذلك لأن الأب أكثر الناس شفقة بولده، وإقامته وصيا مع وجود أبيه دليل على أنه يراه أصلح منه، ثم تكون لوصي وصي الجد، ثم للقاضي أو وصيه الذي يقيمه.

الشافعية:

تكون للأب ثم للجد الصحيح (أبو الأب)، ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد، وذلك لأن الإمام الشافعي ينزل الجد منزلة الأب عند عدم وجوده لشفقته على الولد. وما دامت تثبت له الولاية على النفس في المذهب، فتثبت له الولاية على المال أيضا.

الحنابلة:

تكون للأب، ثم وصيه، فإن لم يكن الأب ولا وصيه، أو كان الأب فاقدا لبعض الصفات المعتبرة، تثبت الولاية للقاضي لأنه ولي من لا ولي له، وللقاضي حق تعيين أمين على أموال الصغير.

المالكية:

تكون الولاية على المال للأب، ثم لوصيه، ثم لوصي وصيه، وإن علا، ثم للقاضي، ثم للمقدم، وتكون أيضا للكافل إذا جرى العرف بتوليه أمر اليتيم، ولا فرق بين أن يكون الكافل ذكرا أو أنثى، قريبا أو أجنبيا.

يلاحظ أن الجد عند الحنابلة والمالكية ليست له ولاية على القاصر، لا في ولاية التزويج (على النفس) ولا في الولاية على المال، وإذا عينه القاضي اعتبر وصي القاضي.

---

[1] سورة النساء، الآية 06.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 02، ص 317 وما بعدها.

ثالثا – الوصاية

الوصي هو من أقيم مقام غيره للنظر في شؤون تركته وأمور أولاده الصغار بعد وفاته، مع النظر في أموالهم والتصرف فيها، بما يحفظها من الضياع والنقصان[1].

وحتى تكون نيابة الوصي مشروعة، يجب تطابق إيجاب الموصي وقبول الوصي للوصاية إضافة إلى توافر جملة من الشروط في الوصي وهي: التكليف، الإسلام، العدالة، الحرية والقدرة[2]. ويجوز توقيت الوصاية بزمن معين، أو بحدوث فعل معين، ما لم يكن هذا التوقيت منافيا لمصلحة الصغير، فإذا تعارض معها فلا يجوز التوقيت بإجماع الفقهاء، كما يجوز تعليق الوصاية على شرط، ما لم يكن مخالفا لمقتضيات الشرع، أو لمصلحة القاصر، وإلا كان الشرط باطلا[3].

والوصاية على الصغير في الشريعة الإسلامية متعددة الصور، أهمها:

1. الوصي المختار:

الوصي المختار هو وصي الأب ووصي الجد – عند الحنفية – لأن لهما اختيار خليفة في الولاية على الصغير وذلك بعد وفاتهما. والوصي المختار هو أيضا كل من يختاره المرء نائبا عنه بعد موته ليتصرف في أمواله، ويقوم على مصالح الصغار من ورثته كوصي الوصي وغيره[4].

وما دامت الولاية قد انتقلت إلى الوصي بعد موت الأب (أو الجد)، فالوصي قائم مقامه ولكنه يخضع لمقتضيات العقد، فإن كان خاصا تقيد بالتخصيص، وإن كان عاما تصرف كالأب[5]. وللموصي أن يوصي إلى اثنين أو أكثر، وإذا لم يخص واحدا منهما بعمل، فإن الولاية تثبت لكل منهما كاملة، وليس لأحد أن ينفرد بالتصرف دون الآخر[6].

---

[1] مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 76.
عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص 403.
[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 483.
محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 256.
[3] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 263 – 264.
[4] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 02، ص 263 – 264.
[5] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 480.
عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 277 وما بعدها.
[6] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 482.
عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 108 وما بعدها.

2. وصاية الأم :

لم يأخذ الفقهاء بولاية المرأة على مال أولادها القصر، نظرا لكون الولاية جزءا من القضاء، والقضاء مشروط فيه الذكورة، كما أن المرأة لا تملك الدراسة الكافية في مجال المال والإتجار به ، وإن كان هذا الوضع قد تغير في وقتنا الحالي بعد نجاح سيدات أعمال كثيرات.

ولكن الفقهاء أجازوا وصاية الأم على أموال أولادها عند فقد الأب بإيصاء منه.

وتجري عليها أحكام الوصي في باب الولاية على المال، ولم يحصروا الوصاية في الأم فقط، بل إلى أية أنثى كالجدة وغيرها. وبذلك لم يشترط الفقهاء الذكورة في الوصاية، فيجوز أن يكون الوصي رجلا أو امرأة من الأقارب أو من الأجانب[1].

وحكم الإيصاء إلى المرأة عند الأئمة الأربعة، فيما يلي :

الحنفية:

لا ولاية للأم في باب المال، وإذا أوصت الأم على ولدها الصغير قبل موتها ثم ماتت لا يكون لوصيها حق التصرف في تركتها مع وجود الأب أو وصيه، أو وصي وصيه أو الجد أو وصيه[2].

المالكية:

لا خلاف عند المالكيـــة أن الوصي يقوم مقـــام الأب، ولكنهم اختلفـــوا في الأم، فقال ابن القاسم: لا تقوم مقام الأب، وقال غيره: تقوم مقامه[3]. ولكن الإمام مالكا استحسن وصاية الأم بشروط ثلاثة: أن يكون المال الذي أوصت به قليلا لأنه لا وصاية لها في مال كثير وفي نكاح، أن يكون الصغير مهملا ليس له أب أو وصي أو مقدم، وأن يكون المال موروثا عنها لا من غيرها[4].

---

[1] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 252 وما بعدها.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 02، ص 318.

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص 318.

[3] ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد 5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996، ص 364 – 365.

[4] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 281.

الشافعية:

لا ولاية للأم في القول الأصح عند الشافعية، وفي القول الثاني لها الولاية على مال صغيرها إذا أقامها الأب أو الجد أو القاضي. والأم أولى من غيرها بالوصاية على أولادها عند اجتماع الشروط المطلوبة في الوصي لوفور شفقتها وتحقيق المصلحة للصغير[1].

الحنابلة:

لا ولاية للجد أبو الأب، ولا للأم ومثلهما سائر العصبات[2].

رابعا – ولاية القاضي

يستمد القاضي شرعية ولايته على القصر من الولاية العامة على أمور المسلمين. ويلاحظ أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة إن اتحدا في موضوع واحد أو اختلفا فيه، فليس للقاضي أن يباشر تصرفات اختصاص الولي دون إرادته، كما في تزويج البنت الصغيرة مع وجود أبيها إلا في حالة العضل والتعسف، فلا يتدخل الولي العام أي القاضي إلا عندما يسيء الولي الخاص إلى من هو تحت ولايته[3].

ويكون للقاضي في باب الولاية على الطفل وظيفتين أساسيتين[4]:

1. مراقبة تصرفات الأولياء :

للقاضي بحكم ولايته العامة مراقبة التصرفات التي يجريها الأوصياء المستحقون للولاية قبله وهم الأب، ووصيه، ووصي وصيه في الفقه الإسلامي، وذلك بأن يمارس الإشراف على هذه التصرفات، فإذا رأى ما يضر بمصالح القاصر المالية أقام مشرفا على الولي، أو أوقف ولايته أو عزله. فللقاضي سلطة الإشراف، والمراقبة، وله سلطة الإيقاف والعزل متى رأى في ذلك مصلحة القاصر.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 02، ص 319.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 02، ص 319.

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص.

[3] مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 10.

[4] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 264 وما بعدها.

2. تعيين مقدم أو قيم :

يمارس القاضي سلطة تعيين مقدم على مصالح القصر المالية، الذين يوجدون داخل دائرة اختصاصه أي ولايته القضائية، والعبرة في التقديم عند الأئمة الأربعة بالقاصر لا بأمواله. فإذا تبين للقاضي فقد شرط من شروط الولاية أو تحقق مانع من موانعها، تدخل لإبداله بمقدم يقوم مقامه في رعاية أموال القاصر، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك.

كما أجاز الشرع للقاضي أن يُنصّب مقدما يقوم لمن لا ولي له، وليس للقاضي بعد تعيين المقدم إلا الإشراف العام. والمقدم كالوصي، ولا فرق بين أن يكون هذا المقدم ذكرا أو أنثى، قريبة كانت أو أجنبية، فمن رآه القاضي أهلا للقيام بمهمة التقديم بعد توافر الشروط فيه، جاز أن يوليه القاضي أموال القصر.

وقد يكون تقديم القاضي خاصا، وقد يكون عاما يجوز له من التصرفات ما يجوز للقاضي نفسه، باعتباره وكيلا عنه، وقد يكون تقديمه مؤقتا أو دائما.

المطلب الثالث: أحكامها بالنسبة للطفل في القانون الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالنيابة الشرعية كنظام لحماية القاصر في نفسه وماله. ونص عليها في المادة 81 من قانون الأسرة: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

وأما التفصيل في هذا النظام الشرعي بالنسبة للطفل من الناحية القانونية[1]، فندرسه من خلال الولاية (الفرع الأول)، الوصاية (الفرع الثاني)، التقديم (الفرع الثالث).

الفرع الأول – الولاية

الولاية في القانون الجزائري نظام لحماية القاصر في نفسه وماله، مستمد من الشريعة الإسلامية. وإذا كان المشرع قد اكتفى بالتفصيل في نظام الولاية على مال القصر، إلا أن الولاية على النفس معمول بها في مجال الحضانة والتزويج وما تعلق بهما من رعاية

---

[1] الولاية من المادة 87 إلى المادة 91 من قانون الأسرة.
الوصاية من المادة 92 إلى المادة 98 من قانون الأسرة.
التقديم في المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة.

وحفظ. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه للطفل المكفول وفق عقد الكفالة المعمول به في القانون الجزائري تفصيل أيضا بشأن الولاية على نفسه وماله.

أولا – الولاية على النفس

الولاية على النفس – كما سبق بيانه – هي ما تعلق بالحضانة والتربية والتعليم والتزويج[1].

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتحدث عن السلطة الأبوية كما هو الحال في القانون الفرنسي، تماشيا مع الشريعة الإسلامية التي اصطلحت على الولاية بنوعيها: الولاية على النفس، والولاية على المال. وقد جعل الولاية على نفس القاصر قائمة بحكم الشرع والقانون، وعلى الولي أو الوصي أن يرعى القاصر في نفسه من عدة جوانب أهمها الاعتناء بشخص الولد القاصر بتوفير حاجياته اليومية من مأكل وملبس ومسكن، والمحافظة على صحته وسلامة نموه، والقيام بتربيته وتحمل المسؤولية عما يسببه من ضرر للغير[2]. وتشمل الولاية على النفس، ولاية التزويج التي استمدها المشرع الجزائري أيضا من الشريعة الإسلامية. وقد حدد سن الزواج واكتمال أهلية الرجل والمرأة بتمام تسعة عشر سنة (19 سنة) حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة[3]. وفي هذا انسجام مع بلوغ الشخص رجلا أو امرأة سن الرشد المدني أو الأهلية المدنية حسب المادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني.

وتثبت الولاية للأب وبعد وفاته الأم على هذا الترتيب بقوة القانون حسب المادة 87 الفقرة 01 من قانون الأسرة "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا". فلا حاجة إلى قرار من المحكمة لتعيين الولي أو تثبيته، ذلك أنها ولاية طبيعية تقوم على صلة الدم، وعلى ما تفرضه على الأصل من رعاية مصلحة الفرع المحتاج إلى الرعاية لصغر سنه. ويستثنى من الترتيب السابق – الأب ثم الأم – حالتين يكون الحكم فيها بشأن الولاية على النفس للقاضي: الأولى حالة الطلاق إذ يمنح فيها القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد بموجب المادة 87 الفقرة 3 من قانون الأسرة[4] والثانية حالة

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 96.

[2] الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان م. ج، الجزائر، ط 1، 2005.، ص 206.

[3] تنص المادة 07 من قانون الأسرة في شطرها الأول: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة".

[4] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 460.

تزويج القاصر الذي يكون ولي البنت فيها أبوها، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له حسب نص المادتين 07 و 11 من قانون الأسرة[1].

ثانيا – الولاية على المال

الولاية على المال في القانون الجزائري تكليف شخص معين بأن ينوب عن القاصر في مباشرة التصرفات القانونية التي منع من مباشرتها بمفرده، والصبي غير المميز في حاجة كاملة إلى من ينوب عنه، ذلك أنه ممنوع من إجراء التصرفات القانونية مهما كان نوعها، أما الصبي المميز فحاجته إلى الولاية قاصرة على ما منع من إجرائه.

والولاية على مال القاصر في القانون الجزائري تكون للأب ومن بعده الأم حسب نص المادة 87 الفقرة 01 و02 من قانون الأسرة:

« يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ».

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

وولاية الأب هي ولاية على النفس والمال معا،وهي شرعية وقانونية وإجبارية لا يملك الأب التنحي عنها، كما أنها شخصية لا يرثها ورثته عنه[2].

أما الأم، فالفقه الإسلامي لا يجعلها وليا شرعيا على مال ولدها القاصر، ولكن يجعل ولايتها مستمدة من الغير، فتكون وصية مختارة أو معينة، وولاية الأم القانونية في القانون الجزائري لا تكون إلا بعد وفاة الأب.

ويعتبر الولي أبا أو أما، نائبا قانونيا عن القاصر، يمارس الولاية عليه دون تجاوز لسلطاته، وفي حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر يتدخل القاضي ليعين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة حسب نص المادة 90 من قانون الأسرة[3].

---

[1] تنص المادة 87 الفقرة 03 من قانون الأسرة: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

تنص المادة 07 من قانون الأسرة في شطرها الثاني: "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، من تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

[2] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 115.

الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 205.

[3] تنص المادة 90 من قانون الأسرة: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

وبذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997[1]:

(من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي، فإنهم قد خالفوا القانون).

والحقيقة أن نص المادة 87 من قانون الأسرة الذي يجعل الأم وليا بعد وفاة الأب غير واضح، فهل تعتبر ولايتها وصاية على القصر بأن يوصي إليها الأب قبل وفاته أم هي بقوة القانون؟ وهل تشمل ولايتها النفس والمال معا بعد وفاته أم أحدهما فقط؟ ومع الغموض يبقى مركز الأم في الولاية على أولادها القصر قويا جدا في القانون الجزائري الذي جعل مرتبتها بعد الأب مباشرة، حتى أنه لا يجوز للأب أو الجد تعيين وصي عند وجود أم القاصر حسب نص المادة 92 من قانون الأسرة.

أما سلطات الولي فتحكمها المادة 88 من قانون الأسرة التي جاءت بمعيار " تصرف الرجل الحريص "، وعليه طلب الإذن من القاضي في بعض التصرفات التي رأى المشرع أن يقيد فيها سلطة الولي حرصا منه على مصلحة القاصر، وقد ذكرت على سبيل الحصر في الفقرة 02 من المادة 88 من قانون الأسرة[2].

وعلى القاضي حسب المادة 89 من قانون الأسرة مراعاة حالة الضرورة والمصلحة قبل منحه الإذن، وعند تعارض المصالح يعين متصرفا خاصا حسب المادة 90 من نفس القانون. ويراعي الولي عند ممارسة سلطاته على أموال القاصر، مساحة التصرفات القانونية التي سمح بها القانون لمن بلغ سن التمييز (13 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة) المنصوص عليها في المادة 83 من قانون الأسرة[3]، إلى جانب إذن القاضي له

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1997، ص 53.

[2] المادة 88 الفقرة 02 من قانون الأسرة: "وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1. بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
2. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
3. استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
4. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات لو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه من الرشد.

[3] تنص المادة 83 من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء".

بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله استنادا إلى النصين 84 من قانون الأسرة[1]، و480 من قانون الإجراءات المدنية[2]. وهذا هو مفهوم الترشيد الذي استمده المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية، ومن قوله تعالى: ﴿ ...إِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[3].

ثالثا – الولاية القانونية على المكفول

أجاز المذهب المالكي ولاية الكافل متى توافرت فيه الشروط العامة: التكليف، الإسلام، الحرية، العدالة، والكفاية، التي يجب توافرها فيمن يلي أمور الصغير المالية من أب، أو وصي أو مقدم. إلا أن الكافل ليس بأب، ولا وصي، ولا مقدم، وإنما جرى العرف على اعتباره وليا لأنه يتولى أمر اليتيم والنظر في شؤونه[4].

وأخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي بخصوص ولاية الكافل للولد المكفول، إذ جاء في المادة 116 من قانون الأسرة: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". وبمقتضى الكفالة يمارس الكافل الولاية القانونية بصريح المادة 121 من نفس القانون: "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي". فيكون للكافل في القانون الجزائري، السلطات التي تخولها الولاية على النفس من تربية المكفول ورعايته، كما له أن يدير ويتصرف في أموال المكفول بالولاية على ماله.

1. الولاية على نفس المكفول :

شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول، ويكون ذلك بإنفاق الكافل عليه، وتربيته ورعايته ويقع هذا الواجب عادة على المرأة لكون الولد المكفول في المراحل الأولى من حياته محتاج إلى حضور أمّ بعطفها، وحنانها أكثر من الأب، ولكن ذلك غير ظاهر في النصوص القانونية المتعلقة بكفالة الطفل. ومن الضروري أن يشير المشرع إلى دور

---

[1] تنص المادة 84 من قانون الأسرة: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

[2] تنص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية: "يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

[3] سورة النساء، الآية 06.

[4] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 271.

زوجة الكفيل في الولاية على نفس المكفول ما دامت المسؤولة الأولى على رعايته وحضانته، وعليه أن ينص صراحة على موافقتها القيام بذلك[1].

وتشمل ولاية الكفيل على نفس المكفول أيضا، ولاية تزويجه وحمايته من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثله وليه أمام القضاء ويرفع الدعوى باسمه، ويطالب بالتعويض لمصلحته، كما يعتبر المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول التي تلحق ضررا بالغير[2].

2. الولاية على مال المكفول:

جرى العرف في المذهب المالكي على تصرف الكافل في قليل المال دون الكثير، ولابد من رفع الأمر للقاضي في الكثير، ولا فرق في ذلك بين كون الكافل ذكرا أو أنثى، قريبا أو أجنبيا[3].

ولكن المالكية ذكروا شروطا خاصة بالكافل لاعتبار ولايته على مال المكفول وهي[4]:

أن يكون معروفا بالشفقة والإحسان.

أن يكون عارفا بشؤون الحضانة، وحسن التربية.

أن يكون المحضون صغيرا، فلا كفالة على راشد.

أن يكون المحضون مهملا، لا أب له، ولا وصي، ولا قيم عليه.

فإذا توافرت هذه الشروط بالإضافة إلى أهلية التصرف، والحرية، والإسلام، والعدالة، والقدرة صحت ولايته على مال المكفول.

وللكافل في القانون الجزائري إدارة مال المكفول على اختلاف مصادره، فالمادة 121 من قانون الأسرة تخوله التصرف في: "... جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"، والمادة 122 من نفس القانون تخوله إدارة "... أموال المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول".

---

[1] فريدة محمدي، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 41، عدد 01، سنة 2000، ص 93.

[2] مالك طلبة، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2006، ص 29 – 30.

[3] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 272.

[4] عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 272.

ويكون التصرف في هذه الأموال تصرف الرجل الحريص تطبيقا لنص المادة 88 الفقرة 01 من قانون الأسرة[1]، أي أن الولاية على مال المكفول يرجع فيها إلى الأحكام العامة في الولاية على المال، مع مراعاة مصلحة الكافل ومصلحة المكفول في جميع الأمور المالية[2].

ويفضل بعض الشراح اعتبار الكفيل وصيا على المكفول، لأن للوصي التزامات إضافية على التزامات الولي، فيلزم بتقديم حساب عن تصرفاته حسب المادة 97 من قانون الأسرة. كما يرى ضرورة تعيين القاضي لمشرف يراقب الكفيل في إدارة أموال المكفول، مع ضرورة إخطار المحكمة كلما اقتضت الضرورة والمصلحة ذلك[3].

ولابد من إدراج نصوص قانونية صريحة وواضحة في باب الولاية على مال المكفول، كتعيين مجلس الأسرة من أجل مراقبة الحسابات المترتبة عن إدارة أموال الكفيل، وإخضاع تصرفاته لموافقة نفس المجلس، بالإضافة إلى الحصول على إذن من القاضي بشأن التصرفات المنصوص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة، وقد اشترط ذلك المشرع في حق الولي الشرعي، فما بالك بالكافل[4].وفي الأخير، نؤيد الموقف الداعي إلى ضرورة تحديد الأشخاص الذين تنتقل إليهم الولاية القانونية على القاصر المكفول، إذا توفي الكفيل أو تخلى عن كفالته، وحبذا لو جعل المشرع زوجة الكفيل هي الولي القانوني للولد المكفول، على غرار الأم الحقيقية التي تحل محل الأب الحقيقي بعد وفاته في الولاية على القاصر[5].

<u>الفرع الثاني – الوصاية</u>

الوصي كل شخص أقيم مقام الولي الشرعي، وقد يكون مختارا يختاره الولي قبل وفاته، أو معينا من القاضي، والوصي في القانون الجزائري يعينه الأب أو الجد، إذا لم تكن للقاصر أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وعند تعدد الأوصياء،

---

[1] تنص المادة 88 الفقرة 01 أسرة: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

[2] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 31.

[3] فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 92.

[4] فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 93.

[5] فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 94.

مالك طلبة، المرجع السابق، ص 37.

يختار القاضي الوصي الأصلح للقاصر، وقد جاء ذلك في نص المادة 92 من قانون الأسرة. ونشير إلى الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/05/17، الذي اعتبرت فيه الجد بحكم المادة 92 من قانون الأسرة، وصيا على الولد القاصر، اليتيم الأبوين: "... باستقراء القرار المطعون فيه، يتبين منه أن قضاة الموضوع لاحظوا بأن النزاع المعروض عليهم يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة، على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة"[1].

وفي ذلك بيان بأن الطفل اليتيم، يكفله جده الذي يعتبر وصيا عليه في غياب أوليائه الشرعيين: الأب والأم.

ويشترط في الوصي أن يكون مسلما، عاقلا، بالغا، قادرا، أمينا، حسن التصرف، وإلا عزله القاضي، لذلك يجب رفع أمر الوصاية للقاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها، فعلى خلاف الحال بالنسبة للولي الذي تثبت له الولاية بقوة القانون، فالوصي المختار من قِبل الأب أو الجد لا تثبت له الولاية إلا بعد تثبيت اختياره من المحكمة، ووصي المحكمة لا تثبت به الولاية إلا بقرار تعيينه[2].ومن الملاحظ أن شروط الوصي المذكورة في نص المادة 93 من قانون الأسرة، تعتبر شروطا شرعية، أخذ بها الأئمة الأربعة في باب الوصاية على الصغير[3].

وللوصي نفس سلطات الولي حسب المادة 95 من قانون الأسرة، وعلى الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر المرشد، أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء وصايته، مع تقديم صورة عن الحساب للقاضي حسب المادة 97 من قانون الأسرة، مع العلم أنه إذا صدر تقصير من الوصي بسبب ضرر لحق القاصر، يكون مسؤولا عن التقصير وعن الضرر كما جاء في المادة 98 من نفس القانون.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص 461.

[2] محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص 367.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 03، ص 310 وما بعدها.

الفرع الثالث – التقديم

المقدم في القانون هو الوصي المعين من القاضي إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي مختار من الأب أو الجد. كما يتولى المقدم القيام والإشراف على شؤون المجنون أو المعتوه أو السفيه، حسبما جاء في المادتين 99 من قانون الأسرة[1]، والمادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، ويقوم المقدم مقام الوصي وتكون له نفس سلطاته بموجب المادة 100 من قانون الأسرة، ويجب عليه دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، أن يقدم عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة كما نصت عليه المادة 471 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونختم دراستنا للنيابة الشرعية كنظام لحماية القاصر وممارسة حقوقه، بأن المشرع الجزائري قد أعطى سلطات واسعة للقاضي كولي عام على القاصر[3]، وتشمل سلطاته جميع أقسام النيابة (الولاية – الوصاية – التقديم) والتفصيل فيها مبين في قانون الأسرة من المادة 84 إلى المادة 100 منه، وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد من المادة 453 إلى المادة 463 فيما يخص إجراءات الولاية على النفس، ومن المادة 464 إلى المادة 480 ما يتعلق بإجراءات الولاية على المال.

---

[1] تنص المادة 99 من قانون الأسرة: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

[2] تنص المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك، يعين شخصا آخر يختاره يجب في الحالتين، أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه".

[3] عبد العزيز بوذراع، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، جويلية 2004، ص 40 وما بعدها.

الباب الثاني:

دراسة مقارنة للحقوق الأساسية للطفل

الباب الثاني : الحقوق الأساسية للطفل:

نتطرق في الجزء الثاني من البحث إلى أهم الحقوق المقررة للطفل من الناحيتين الشرعية والقانونية. واخترنا لهذه الدراسة تناول جملة من الحقوق غير المالية في (الفصل الأول)، وجملة أخرى من الحقوق المالية المثبتة شرعا وقانونا في (الفصل الثاني).

الفصل الأول: حقوق الطفل غير المالية

تقتصر دراسة هذا الفصل على جملة من حقوق الشخصية ونعني بها مجموعة العناصر التي تُكَوّن شخصية الطفل ويعترف بها القانون احتراما لشخصيته كإنسان. وعلى كثرتها اخترنا تناول ثلاثة منها في (المبحث الأول)، كما لزم التطرق إلى حقوق الطفل داخل أسرته لما تتميز به من طابع أدبي يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمعه بأعضاء الأسرة في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل

تعتبر حقوق الشخصية حقوقا تتعلق بعناصر شخصية الإنسان في مظاهرها المختلفة المادية والمعنوية. وتتميز بارتباطها بالإنسان ارتباطا يجردها من الطابع المالي، ولكن ذلك لا يمنع من أن الاعتداء على أحدها يُوّلد لصاحبه حقا آخر ماليا هو الحق في التعويض.

ندرس أول المقومات المادية للصفة الإنسانية في الحق في الحياة (المطلب الأول)، يليه أهم ما يحفظ الكيان المعنوي للطفل أي الحق في الهوية (المطلب الثاني)، ونختم بحقه في الرعاية الصحية لسلامة الكيان المادي والمعنوي للطفل (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الحق في الحياة

يعتبر الحق في الحياة أسمى الحقوق وأولها لأنه يرأس الحقوق الطبيعية للإنسان، ويرتبط ارتباطا وثيقا بها، إذ لا يمكن إهمال باقي الحقوق دون التمتع الفعلي بالحق في الحياة. وحماية حياة الطفل من الأولويات التي نظمها التشريع الإسلامي (الفرع الأول) والقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

إن حفظ النفس من أهم مقاصد التشريع الإسلامي، والاعتداء عليها دون وجه حق جريمة يعاقب عليها المعتدي إلا إذا تصالح الطرفان على إسقاط القصاص إلى الدية أو التنازل عن ذلك

بالعفو، قال الله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ ﴾[1]، فلا يمكن سلب قدسية الحق في الحياة، إلا بسلطان الواهب لها – عز وجل –، وبمراعاة جملة من الإجراءات والضوابط[2].

أولا – تحريم قتل الطفل المولود

تظل النفس البشرية في الإسلام معصومة الدم سواء كانت لصغير أو لكبير، لذكر أو لأنثى، لعاقل أو لمجنون. ونظرا لأهمية حياة الإنسان وخصوصا في مرحلة الطفولة لصغر سن الطفل وضعفه البدني والعقلي، جاء ذكر تحريم قتل الأطفال ضمن جملة من الوصايا الربانية مباشرة بعد الحديث عن الشرك بالله وبر الوالدين[3].

قال الله تعالى: ﴿ قلْ تَعَالَوْاْ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلاَّ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلاَ تَقْتُلُواْ أَوْلاَدَكُم مِّنْ إمْلاَقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلاَ تَقْرَبُواْ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾[4].

كما أنه من بنود مبايعة النبي – صلى الله عليه وسلم – للنساء عدم قتلهن لأولادهن.

قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلا يَسْرِقْنَ وَلا يَزْنِينَ وَلا يَقْتُلْنَ أَوْلادَهُنَّ وَلا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلا يَعْصِينَكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعْهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[5].

وأما صور تحريم المساس بحياة المولود في التشريع الإسلامي فنوجزها في ثلاثة:

1. تحريم قتل الأولاد خشية الفقر أو العار :

كان من العادات السيئة والمنتشرة قبل مجيء الإسلام، قتل الأولاد – ذكورا وإناثا – خشية الفقر أو العار. فنزل القرآن الكريم محرما هذا وذاك. قال الله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَوْلادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُم إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْءًا كَبِيرًا ﴾[6].

وجاء في حديث عمرو بن شرحبيل قال: " قال عبد الله: قال رجل: يا رسول الله أي الدين أكبر عند الله ؟ قال: أن تدعو لله نِداً وهو خلقك. قال: ثم أي ؟ قال: ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك. قال: ثم أي ؟ ثم أن تزاني حليلة جارك"[1].

---

[1] سورة الأنعام، الآية 152.

[2] نذير بومعالي، حق الحياة وسبل حمايته في النظم الوضعية والإسلام، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، ط 2005، ص 37.

[3] عبد الحق منصوري، حقوق الطفل الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية، دار قرطبة المحمدية، الجزائر، ط 1، سنة 2005، ص 23 – 24.

[4] سورة الأنعام، الآية 151.

[5] سورة الممتحنة، الآية 12.

[6] سورة الإسراء، الآية 31.

2. التنديد بسوء استقبال الأنثى وتحريم وأد البنات:

قال الله تعالى: ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾[2]. ويرى الكثير من المفسرين ومنهم الإمام ابن قيم الجوزية في حكمة تقديم هبة الإناث على هبة الذكور: "أنه تعالى قدم ما كانت تؤخره الجاهلية من أمر البنات حتى كانوا يئدوهن، أي هذا النوع المؤخر الحقير عندكم مقدم عندي في الذكر"[3].

أما عن وأد البنات خشية العار أو الفقر، فقد وصف القرآن الكريم استقبال الجاهليين لمولد الأنثى باسوداد الوجه والغيظ، والحيرة بين الإبقاء على البنت مع الهوان أو دفنها حية في التراب[4].

قال عز وجل: ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالأُنثَى ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ يَتَوَارَى مِنَ الْقَوْمِ مِن سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلاَ سَاء مَا يَحْكُمُونَ ﴾[5].

وقد توعدهم الله تعالى يوم القيامة بحساب عسير، لارتكابهم هذه الجريمة البشعة في حق مخلوق ضعيف لم يرتكب ذنبا. قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنبٍ قُتِلَتْ ﴾[6].

3. تحريم قتل الصبيان في الحرب:

جاء في صحيح البخاري في باب قتل الصبيان في الحرب: "حدثنا أحمد بن يونس أخبرنا الليث عن نافع أن عبد الله – رضي الله عنه – أخبره أن امرأة وُجِدت في بعض مغازي النبي – صلى الله عليه وسلم – مقتولة، فأنكر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قتل النساء والصبيان[7].

وتنص في عصرنا اتفاقية حقوق الطفل الصادرة سنة 1989 بتحريم استخدام الأطفال في الحروب إذ تلتزم الدول باتخاذ جميع التدابير الممكنة عمليا لمنع من هم دون سن الخامسة عشرة

---

[1] صحيح البخاري، حديث رقم 6861، شرح النووي على مسلم، حديث رقم 142.

[2] سورة الشورى، الآية 49 – 50.

[3] ابن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود المكتبة العصرية، صيدا بيروت، ط 1، 2001، ص 11.

محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص 31.

[4] ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 29.

محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 35.

[5] سورة النحل، الآية 58 – 59.

[6] سورة التكوير، الآية 08 – 09.

[7] رواه البخاري، حديث رقم 3014 – رقم 3015.

في الاشتراك في الحرب حسب نص **المادة 38 ف 2 منها**، إلى جانب الامتناع عن تجنيد من هم دون هذه السن في قواتها المسلحة حسب نص **المادة 38 ف 3** من نفس الاتفاقية.

ثانيا – تحريم قتل الطفل الجاني

حصرت الشريعة الإسلامية المسؤولية الجنائية في الشخص البالغ الذي يتوافر فيه التمييز. وبذلك استثنت الطفل وأسقطت عنه المسؤولية الجنائية. والجدير بالذكر أن أهم ما يميز المعاملة الجنائية للصغار في التشريع الإسلامي أنها قائمة على أساس تربوي لا على أساس عقابي[1]. ويتضح ذلك من التدرج في مساءلة الصبي من جهة، ومن طبيعة العقوبات الشرعية الموقعة لدرء جريمته من جهة أخرى. فقبل بلوغ الصبي سن السابعة اتفاقا، لا تقوم المسؤولية الجنائية إذا ارتكب ما يوجب الحد أو القصاص أو التعزير[2].

وأما من سن السابعة إلى فترة بلوغه، فتكون عقوبته تأديبية وليست جنائية بتطبيق قصاص أوحد. ويعتبر التعزير تأديبا لكونه جزاء يهدف إلى تقويم الصبي وإصلاحه، دون أن يلحق أي ضرر بنفسيته أو بمستقبله.

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية قد تركت تحديد العقوبات التأديبية على الصبيان لولي الأمر، فيجوز له العقاب بالضرب أو التوبيخ، أو تسليمه لوالديه أو المسؤول عنه، أو وضعه في إصلاحية، إلى غيرها من الطرق المؤدية إلى تأديبه وتهذيبه[3].

رفض الفقه الإسلامي تطبيق عقوبة القصاص (الإعدام) على الصبي قبل بلوغه حفاظا على حياته سواء ارتكب الجناية بنفسه أو بمشاركته بالغا:[4]

• **الحنفية:** تطبق عقوبة القصاص على الجاني البالغ المفرد ولا تطبق عند وجود بعض الشركاء في الجناية، فلا قصاص على من شارك الأب في قتل ولده، ولا على شريك الصبي أو شريك الخاطئ. ويعتبر عمد الصبي والمجنون خطأ في المذهب الحنفي.

• **المالكية:** إذا اشترك بالغ عاقل مسلم مع صبي في قتل رجل معصوم الدم، فإنه يجب قتل الكبير دون الصغير، ويجب على عاقلة الصبي (أهله) نصف الدية، لأن عمده كخطئه. وإذا

---

[1] علي قصير، المرجع السابق، ص 109.

[2] الحد: عقوبة شرعية مقدرة لحفظ الحقوق المتعلقة بالدين والنفس والعقل والمال والعرض.

القصاص: عقوبة شرعية لمجازاة الجاني بمثل فعله، وهو العقوبة الأصلية للقتل العمد.

التعزير: عقوبة شرعية على معصية أو جناية لا حد فيها ولا قصاص ولا كفار.

نذير بومعالي، المرجع السابق، 110.

[3] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي الجزء 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 14، سنة 1997، ص 604.

علي قصير، المرجع السابق، ص 110.

[4] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 5، ص 258 – 259.

ادعى أولياء المقتول أنه مات من فعل المكلف البالغ فقط فعندها يقتل البالغ قصاصا، ويسقط نصف الدية عن عاقلة الصبي.

• **الشافعية والحنابلة:** إذا اشترك في قتل النفس مكلف وغير مكلف أي صبي، فإنه يجب قتل العاقل المكلف دون الصبي وتجب نصف الدية على عاقلة الصبي.

ولكن مع انتفاء المسؤولية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية مراعاة لصغر سنه وعدم تمييزه بين الخير والشر، إلا أنه من سماحة هذا التشريع تمييزه بين المسؤوليتين المدنية والجنائية، إذ يضمن الصبي التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها. وهو ما عبّر عنه الفقه الإسلامي بدفع أهل الصبي نصف الدية لأهل المقتول، وما أخذت به القوانين الوضعية اليوم من خلال قيام المسؤولية المدنية للقاصر والتزام المسؤول عنه قانونا بالتعويض[1].

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

لا يختلف موقف المشرع الجزائري بخصوص حماية حياة الطفل عما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ، إذ جرّم الاعتداء على حياة الطفل الجاني أي الحدث الجانح وذلك بعدم تطبيقه لعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد في حقه، واكتفى باتخاذ تدابير الحماية والتربية أو عقوبات مخففة، إلى جانب حماية حياته بصفته مجنيا عليه.

أولا – الحماية القانونية لحياة الطفل الجاني

يخضع الطفل الجاني المسمى في الاصطلاح القانوني "بالحدث" عند ارتكابه لجريمة ما، إما لتدابير الحماية والتربية، أو لعقوبات مخففة مراعاة لصغر سنه عِوَضَ العقوبات المشددة، والمقررة بشأن المجرمين البالغين أي الإعدام والسجن مدى الحياة. ويعتبر الحدث الذي لم يبلغ 13 سنة (سن التمييز) غير مسؤول جنائيا، فلا يكون محلا للعقوبة، بل تتخذ بشأنه تدابير الحماية والتربية بغية إصلاحه وإعادة إدماجه في المجتمع، فلا تقبل ضده أي دعوى عمومية وإن كان فعله يوصف بالإجرامي. ويخضع لتدابير الحماية والتربية في حالة ارتكابه لجناية أو جنحة حسب **المادة 49 ف 1 من قانون العقوبات**، أما إذا ارتكب مخالفة فإنه يكون محلا للتوبيخ فقط حسب نفس المادة ف 2 والمادة 446 ف 2 من قانون الإجراءات الجزائية[2].

---

[1] علي فيلالي، المسؤولية المدنية للطفل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، سنة 2000، ص 96 وما بعدها.

[2] أنظر المادة 49 من قانون العقوبات.

أنظر تنص المادة 446 ف 2 ق.الإجراءات الجزائية.

ويجب أن تكون سن الحدث أقل من 13 سنة وقت ارتكابه للجريمة لا وقت رفع الدعوى العمومية أو المحاكمة حسب نص المادة 443 من قانون الإجراءات الجزائية: "تكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائي بسن المجرم يوم ارتكاب الجريمة".

أما العقوبات التي يجوز للقاضي اتخاذها بشأن الحدث المنحرف، فإن المشرع الجزائري أبقى على العقوبات ذات الطابع التربوي كأصل عام أي تدابير التربية والحماية الواردة

على سبيل الحصر في المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية[1]، والاستثناء تطبيق العقوبات الجزائية المخففة حسب المادة 49 ف 3 من قانون العقوبات[2]، في المرحلة الممتدة من 13 سنة إلى بلوغ سن الرشد الجنائي المحددة بـــ 18 سنة حسب المادة 442 قانون الإجراءات الجزائية: "يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر". والعقوبات المخففة محددة في المادة 50 من قانون العقوبات بالنسبة للجنايات والجنح، والمادتين 51 من قانون العقوبات و446 ف 1 إجراءات جزائية بالنسبة للمخالفات[3]، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الحدث إذا أبدى خطورة

---

[1] تنص المادة 144 من قانون الإجراءات الجزائية:

"لا يجوز في مواد الجنايات والجنح أن يتخذ ضد الحدث الذي لم يبلغ الثامنة عشر إلا تدبير أو أكثر من تدابير الحماية أو التهذيب الآتي بيانها:

تسليمه لوالديه أو لوصية أن لشخص جدير بالثقة).

تطبيق نظام الإفراج عنه مع وضعه تحت المراقبة.

وضعه في منظمة أو مؤسسة عامة أو خاصة معدة للتهذيب أو التكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض.

وضعه في مؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك.

وضعه في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة.

وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة، غير أنه يجوز أن يتخذ كذلك في شأن الحدث الذي يتجاوز عمره الثالثة عشر تدبير يرمي إلى وضعه في مؤسسة عامة للتهذيب تحت المراقبة أو للتربية الإصلاحية.

ويتعين في جميع الأحوال أن يكون الحكم بالتدابير المذكورة آنفا لمدة معينة لا يجوز أن تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه القاصر سن الرشد المدني."

[2] تنص المادة 49 ف 3 من قانون العقوبات:

"ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 عاما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة".

[3] تنص المادة 50 قانون العقوبات: "إذا قضي بأن يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالآتي:

إذا كانت العقوبة التي ترض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغا.

تنص المادة 51 قانون العقوبات:

"في مواد المخالفات يقض على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما بالتوبيخ وإما بعقوبة الغرامة"

تنص المادة 446 ف 1 من قانون الإجراءات الجزائية:

"يحل الحدث الذي لم يبلغ الثامنة عشرة في قضايا المخالفات على محكمة المخالفات، وتنعقد هذه المحكمة بأوضاع العلانية المنصوص عليها في المادة 468 فإذا كانت المخالفة ثابتو جاز للمحكمة أن تفضي بمجرد التوبيخ البسيط للحدث وتقضي بعقوبة الغرامة المنصوص عليها قانونا".

شخصية أو لم يعد التدبير يلائم شخصيته، وحينها يجوز استبدال أو استكمال التدابير بعقوبة الغرامة أو الحبس حسب المادة 445 قانون الإجراءات الجزائية[1].

والخلاصة أن عقوبتي الإعدام والسجن المؤبد لا تطبقان على الطفل الجاني حفاظا على حياته، ولا تتخذ بشأنه العقوبات التكميلية الواردة في المادتين 9 و9 مكرر من قانون العقوبات[2].

ثانيا – الحماية القانونية لحياة الطفل المجني عليه

وردت حماية المشرع الجزائري لحق الإنسان في الحياة وسلامة بدنه من الاعتداءات في المواد المتعلقة بجرائم القتل والإيذاء في قانون العقوبات، دون أن يفرق في ذلك – على غرار التشريع الإسلامي – بين حياة رجل أو امرأة، قاصر أو بالغ، سليم أو مريض[3].

ويعتبر الاعتداء على حياة المولود لحظات بعد ولادته جريمة كاملة الأركان أي جناية خاصة، فقد أفرد لها المشرع نص المادة **259 من قانون العقوبات:** "قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث عهد بالولادة" وجريمة قتل الطفل تخضع من حيث أركانها والعقوبات المقررة لها لذات الأحكام المقررة لجريمة قتل الشخص البالغ، مع العلم أن المشرع قد أورد نصا لتجريم قتل الأم لطفلها حديث الولادة مع التخفيف من عقوبتها دون باقي الشركاء، إذ تعاقب حسب **المادة 261**

---

[1] تنص المادة 445 قانون الإجراءات الجزائية:

"يجوز لجهة الحكم بصفة استثنائية بالنسب للأحداث البالغين من العمر أكثر من ثلاث عشرة سنة أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات إذا ما رأت ذلك ضروريا بمحضر للظروف أو لشخصية المجرم الحدث على أن يكون ذلك بقرار توضح فيه أسبابه خصيصا بشأن هذه النقطة".

[2] تنص المادة 9 قانون العقوبات: العقوبات التكميلية هي:

1. الحجر القانوني.
2. الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.
3. تحديد الإقامة.
4. المنع من الإقامة.
5. المصادرة الجزئية للأموال
6. المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.
7. إغلاق المؤسسة.
8. الإقصاء من الصفقات العمومية.
9. الحظر من إصدار الشيكات/أو استعمال بطاقات الدفع.
10. تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.
11. سحب جواز السفر.
12. نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

تنص المادة 9 مكرر: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي.

[3] على قصير، المرجع السابق، ص 58.

ف 2 من قانون العقوبات بصفتها فاعلة أصلية أو شريكة بالسجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة، في حين تطبق على المساهمين أو المشاركين معها في ارتكاب الجريمة، العقوبة الكاملة المقررة لكل من يشارك في جناية القتل العمد[1].

ولا يأخذ القانون الجزائري بالدافع الذي يؤدي بالأم إلى ارتكاب الجريمة، فلا يهمه ما إذا كان ذلك بقصد إتقاء عار أو ستر فضيحة، أو أي سبب آخر. وفي ذلك دليل على حماية حق حياة الطفل الشرعي وغير الشرعي[2]، وحماية حياة الطفل السليم والمريض أو المشوه خلافا لما ساد أيام الرومان، إذ ذهب قانون الألواح الإثني عشر إلى قتل الأطفال المرضى والمشوهين.

وقتل الأطفال على نوعين: قتل إيجابي عندما يرتكب الفاعل فعلا إيجابيا يؤدي إلى وفاة الطفل. وقتل سلبي يكون بالامتناع عن إتيان فعل نتيجته وفاة الطفل كعدم تقديم الإسعافات لإنقاذ حياته وغيرها من الأفعال السلبية المؤدية لا محالة إلى الوفاة.

ويبقى أن قتل الأطفال من غير الأم، تطبق بشأنه القواعد العامة لجريمة القتل أي أحكام المواد **254، 256، 257، 260 من قانون العقوبات**، ويعاقب الجاني بالسجن المؤبد إذا لم يقترن فعله بظروف مشددة، وإلا كانت عقوبته الإعدام.

المطلب الثاني: الحق في الهوية

نتناول في هذا المطلب، العناصر المكونة لشخصية الطفل من الناحيتين الشرعية والقانونية، ونقصد بتلك العناصر: تسمية الطفل، جنسيته، ودينه. ويتم ذلك بدءا بموقف الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) وانتهاءً بموقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

لقد عمل الإسلام على حفظ الكيان المعنوي للكبير والصغير، بأن منحهما نفس العناصر المكونة للهوية الإسلامية. فالاسم بشقيه، العائلي والشخصي يرافق المولود منذ ولادته بمراعاة جملة من الضوابط الشرعية تعمل على استقرار نفسية الطفل وتهذيبها، والجنسية الممنوحة بمعيار الدين حددت انتماءه إلى الأمة الإسلامية دون تمييز في الجنس أو العرق أو اللغة. أما ديانته، فحددت تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل جوانب حياته، وللطفل المكفول واللقيط نصيب من كل ذلك.

---

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، الجزء 1، ص 31 – 32.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المرجع السابق، ص 92 – 93.

أولا: تسمية المولود:

عرفت الشريعة الإسلامية نظام التسمية بشقيه: الاسم العائلي والاسم الشخصي، وحاولت تهذيب الأسماء بمراعاة جملة من الضوابط الشرعية نتطرق إليها بشيء من التفصيل.

1. الاسم العائلي:

ينسب المولود الشرعي في الإسلام إلى أبيه لا أمه. قال الله تعالى: ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ﴾[1]. كما يدعى الناس يوم القيامة بآبائهم لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « إن الغادر يرفع له لواء يوم القيامة، يقال : هذه غدرة فلان ابن فلان »[2].

ولكن الاسم العائلي أو اللقب بالمفهوم الوضعي الحديث لم يكن منتشرا بين العرب في العصور السابقة، وكان الشخص يعرف باسمه واسم أبيه، وأحيانا يضاف إلى ذلك اسم القبيلة التي ينتسب إليها، والذي يقوم إلى حد كبير مقام الاسم العائلي[3]. ولا يزال معمولا بهذه الطريقة في وقتنا الحاضر، حيث نلاحظ أن عددا كبيرا من الأسماء في البلاد العربية يقتصر على اسم الشخص واسم أبيه أو أبيه وجده دون ذكر الاسم العائلي[4].

2. الاسم الشخصي:

تقرر الشريعة الإسلامية أن من بين حقوق الطفل على والديه حسن اختيار الاسم الذي يدعى به بين الناس، ويميزه عن غيره من الأشخاص، بحيث يكون اسما ذا معنى محمود، أو صفة طيبة، أو اسما يبعث على الأمل[5].

قال الله عز وجل: ﴿ ... وَلا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلا تَنَابَزُوا بِالأَلْقَابِ بِئْسَ الإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الإِيمَانِ ﴾[6]. وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : « إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فحسنوا أسماءكم »[7].

ويدل على جملة من الضوابط في التسمية ما جاء في بيان الأسماء الحسنة، أو التي غيّرها رسول الله لقبحها، أو التي نهى عن التسمية بها، ونوجزها في النقاط التالية[8]:

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 05.

[2] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 1735.

[3] هشام القاسم، المرجع السابق، ص 318.

[4] هشام القاسم، المرجع السابق، ص 319.

[5] محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية – نشأته – حياته – حقوقه التي كفلها الإسلام، مطابع الفرزدق التجارية، ص 89-90.

[6] سورة الحجرات، الآية 11.

[7] سنن أبي داود، حديث رقم 4948.

[8] ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

1. تجنب الاسم القبيح الذي يكون سببا للاستهزاء والسخرية من الطفل. فعن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن ابنة لعمر كان يقال لها عاصية، فسماها رسول الله –صلى الله عليه وسلم – جميلة[1].
2. تجنب الاسم الذي فيه تزكية النفس. فقد روي عن محمد بن عمرو بن عطاء قال: سميت ابنتي "برة" فقالت لي زينب بنت أم سلمة: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهى عن هذا الاسم بقوله: « لا تزكّوا أنفسكم، الله أعلم بأهل البرّ منكم » فقالوا: بم نسميها ؟ قال – صلى الله عليه وسلم – « سموها زينب »[2].
3. تجنب الاسم الذي فيه تشاؤم حتى يسلم الطفل من مصيبة هذه التسمية وشؤمها. فعن سعيد بن المسيب عن أبيه عن جده قال: أتيت إلى النبي – عليه الصلاة والسلام – فقال: ما اسمك ؟ قلت: حَزَنْ. فقال : (أنت سهل). قال : لا أغير اسما سمانيه أبي.
قال ابن المسيب: فما زالت تلك الحُزُونة فينا بعد[3].
4. تجنب التسمية بأسماء الله الحسنى، كالأحد والصمد، أو ملك الملوك وغيرها. عن أبي هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: « أَغْيَظُ رجل على الله يوم القيامة وأخبثه رجل تسمى ملك الملوك، لا ملك إلا الله »[4].
5. جواز التسمية بأكثر من اسم واحد. جاء في الصحيحين أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: « لي خمسة أسماء: أنا محمد، وأنا أحمد، وأنا الماحي الذي يمحو الله به الكفر، وأنا الحاشر الذي يحشر الناس على قدمي، وأنا العاقب الذي ليس بعده نبي »[5].
6. جواز تغيير الاسم بعد البلوغ إذا كان الاسم يجلب لصاحبه أضرارا نفسية، وكان سببا في إيذائه ولا يتناسب مع العبودية لله رب العالمين. وكثير من الصحابة غيّر اسمه بعد إسلامه، كسيدنا أبو هريرة – رضي الله عنه – الذي غيّر اسمه من عبد شمس إلى عبد الرحمن[6].

---

[1] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2139.
[2] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2142 / سنن أبي داود، حديث رقم 4953.
[3] صحيح البخاري، حديث رقم 6190.
[4] صحيح البخاري، حديث رقم 6202 / شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2143.
[5] صحيح البخاري، حديث رقم 3532 / شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2354.
[6] ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، سنة 1984، ص 220.

7. جواز الكنية للصبي والصبية لما فيها من فوائد تربوية عظيمة. إذ تدل على تنمية الشعور بالتكريم والاحترام في نفسية الطفل، وعلى استشعاره بلوغ مرتبة الكبار، إضافة إلى ملاطفته وملاعبته.

جاء في الصحيحين عن أنس بن مالك – رضي الله عنه – قال:

(كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحسن الناس خلقا، وكان لي أخ يقال له أبو عمير، وكان النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا جاءه يقول له: « أبا عمير، ما فعل النُغَير؟ »[1].

أما عن وقت التسمية، فقد وردت أحاديث نبوية منها تسمية المولود حين ولادته مباشرة كقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « ولد لي الليلة غلام فسميته باسم أبي إبراهيم »[2]، وأحاديث نبوية أخرى تدل على وقت التسمية في اليوم السابع، كقوله – صلى الله عليه وسلم –: « كل غلام رهين بعقيقته، تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق رأسه »[3].

والواضح من هذه الأحاديث أن في الأمر سعة، فجاز تسمية المولود في اليوم الأول وجاز قبل ذلك وجاز بعده.

<u>ثانيا: جنسية الولد:</u>

يقر الإسلام من حيث المبدأ التجنس والإقامة، مراعيا في ذلك مصلحة المسلم وأسرته وحالته الدينية[4]. وتقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدين أي الإسلام وهو أساس عالمي يجعل المسلم في كل أرض أخا للمسلم في أي أرض أخرى. وينقسم المجتمع الإسلامي بناء على ذلك إلى دارين:

دار الإسلام وتكون الولاية فيها للشريعة الإسلامية وتشمل إقليم الدولة بكافة عناصره، وسكانها إما مسلمون أو ذميون أو مستأمنون[5]. ودار الحرب وتشمل البلاد غير الإسلامية التي لا تمتد إليها ولاية الشريعة الإسلامية[6].

ويتبع الصغار ومن في حكمهم كالمجنون أبويهم في الجنسية. فإذا أسلم الزوجان أو دخلا في الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل في الذمة تبعه الأولاد غير

---

[1] صحيح البخاري، حديث رقم 6203 / شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2150.

[2] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2315.

[3] متفق عليه.

[4] وهبه الزحيلي. مجلة الصراط. كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر. العدد 5. مارس 2002. ص 48.

[5] المسلم هو من اعتنق الإسلام والتزم بأحكامه الشرعية، الذمي هو الكتابي المقيم في دار الإسلام بصفة دائمة، المستأمن هو الكتابي المقيم في دار الإسلام بصفة عارضة.

[6] الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ط 2002، ص 08.

المميزين، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها أولادها غير المميزين عند أي حنيفة والشافعي وأحمد، وتبعوا الأب عند الإمام مالك.

أما إذا ارتد الزوجان المسلمان، بقي أولادها غير المميزين مسلمين، وكذلك إذا ارتد أحد الأبوين فقط[1].

ولكن الإسلام اليوم لا يمنع الذين يعيشون في أرض الله الواسعة من الانتماء إلى مكان معين، وقد عرف تاريخ الإسلام النسبة إلى البلد، فهذا بصري أو كوفي أو خراساني ...الخ[2]، ولأن سكان الدولة الإسلامية اليوم مسلمون وغير مسلمين، أصبح معيار الدين غير جامع لتحديد المنتمين إلى الدولة الإسلامية، وأصبحت القوانين العربية الإسلامية تمنح الجنسية على أساس معيارين جديدين هما: معيار الدم ومعيار الإقليم، وإن بقي الكثير منها يعتد بالحالة الدينية للشخص لإثبات جنسيته الأصلية، كما هو الحال بالنسبة لقانون الجنسية الجزائرية الذي ينص في مادته 32 ف 1 منها: (عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب أو الأم مولودين في الجزائر ومتمتعين بالشريعة الإسلامية) أي من أبوين مسلمين[3].

ثالثا: دين الولد:

يعتبر دين الولد في الشريعة الإسلامية عنصرا من عناصر هويته لأنه يحدد الأحكام الدنيوية والأخروية التي يتبعها من ولادته إلى وفاته قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه، كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل تحسون فيها من جدعاء »[4].

والأولاد الذين شملهم الحديث الشريف إما أن يكونوا أولاد المسلمين، وإما أن يكونوا أولاد غير المسلمين، وهؤلاء جميعا معروفو النسب، إلى جانب الأولاد غير معروفي النسب، وهؤلاء هم اللقطاء[5].

ونعرض فيما يلي بإيجاز إلى موقف الفقه الإسلامي من ديانة الولد:

---

[1] عبد القادر عودة، المرجع السابق، الجزء 1، ص 309.

[2] محمد فتحي عثمان، المرجع السابق ص 85 وما بعدها.

[3] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 55.

[4] صحيح البخاري، حديث رقم 1358 – حديث رقم 1359.

[5] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 441.

1. دين أولاد المسلمين:

إذا كان الولد مولودا من أبوين مسلمين فهو مسلم بلا خلاف بين العلماء، وإذا كان مولودا من أب مسلم وأم كتابية، فإنه يتبع أيضا أباه المسلم في دينه بإجماع الفقهاء[1].

2. دين أولاد المرتد:

أجمع الفقهاء على عدم ردة الصبي إذا ما ارتد أبواه. ويرى أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن أن الصبي العاقل يصح إسلامه وتصح ردته، ولكن لا تعتبر ردته وإن صحت لرجاء الإسلام منه. أما أبو يوسف فيعتبر أن عقل الصبي في التصرفات الضارة ضررا محضا ملحقا بالعدم. والردة ضرر محض في حقه فلا تقع ولا تصح منه، بخلاف الإيمان الذي يصح منه لأنه نفع محض[2]. وقد أخذ الشافعية والحنابلة بعدم صحة ردة الصبي ولو كان مميزا لعدم تكليفه، فيبقى مسلما وينتظر إلى البلوغ، فإن أصر على الكفر كان مرتدا، فتقع ردته ويعامل على أساسها[3].

3. دين أولاد غير المسلمين:

إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين تبعه ولدهما في إسلامه، سواء كان الذي أسلم الأب أو الأم لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه وبهذا قال الفقهاء[4].

4. دين الولد اللقيط:

للتعرف على دين اللقيط، يراعي الفقهاء فيه جملة من الأحوال[5]:

الحنفية: الرواية الراجحة في المذهب أن اللقيط يتبع دين المكان الذي وجد فيه وليس دين من التقطه إلا إذا ثبت نسب اللقيط بالبينة، فيتبع اللقيط دين من ثبت نسبه منه.

المالكية: يكون اللقيط مسلما في بلاد المسلمين ولو التقطه كافر، لأن الإسلام هو الأصل والغالب، ويكون اللقيط كافرا في بلاد الكفر وإن التقطه مسلم تغليبا للدار.

الشافعية: يكون اللقيط مسلما إذا وجد في دار الإسلام، ويكون كافرا في دار الحرب.

الحانبلة: إذا وجد اللقيط في دار الإسلام كان مسلما لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه وإذا وجد في دار الكفر أو في مكان كل أهله ذميون، كان كافرا.

ويرى الحنابلة أنه لو أقام كافر بينة بأن اللقيط ولده، تبعه في دينه، كذلك إذا بلغ حدا يصح فيه إسلامه وردته واختار الإسلام.

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 442.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 443.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 445.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 446.

[5] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 456 وما بعدها.

بهذا بلغ التشريع الإسلامي مبلغا عظيما في السماحة، فاللقيط وإن كان مجهول النسب فليس بمجهول الدين لأن عنصري الدين والنسب منفصل أحدهما عن الآخر[1].

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

على غرار التشريعات الوضعية، يولي القانون الجزائري أهمية بالغة لحالة الشخص القانوني، ويقر حماية لمختلف عناصرها. وللطفل نصيب من تلك الحماية، مادامت تحفظ هويته وتميزه عن باقي الأشخاص القانونية. وللتعرف على حقه في الهوية، نتطرق إلى عناصرها الثلاث: تسميته، جنسيته، دينه.

أولا – تسمية الولد

ويقصد بها التسمية التي تهدف إلى تعيين شخص بذاته في الحياة الاجتماعية والقانونية بغية ممارسة حقوقه وتأدية واجباته. وينقسم الاسم في القانون إلى قسمين: الاسم العائلي أو اللقب (Nom patronymique) ويعين أفراد نفس العائلة. ويليه أو يسبقه الاسم الشخصي (Le prénom) الذي يميز كل فرد عن باقي أفراد العائلة. وقد يكون الاسم ملحقا باسم شهرة (Le surnom) أو باسم مستعار (Le pseudonyme) أو باسم تشريفي(Le titre de noblesse) وتسمى كلها بملحقات الاسم[2].

1. الاسم العائلي (اللقب):

يعرف اللقب بأنه اسم وقع الاختيار عليه ليضاف إلى الاسم الشخصي للفرد، وليدل على انتساب هذا الفرد وانتمائه إلى مجموعة معينة من ذوي القربى المنحدر من أصل واحد[3]، لذلك يشترك في حمله جميع أفراد العائلة الواحدة[4].

ويفترض أن يكون لكل طفل لقبا يرثه عن أبيه ويورثه إلى أبنائه، ويكون هذا اللقب حقا من حقوقه يخول له سلطة استعماله وحمايته من الانتحال وبذلك يكون اللقب خاصية من خصائص الشخص الطبيعي أو حقا من الحقوق اللصيقة بشخصية الفرد لأنه يعبِّر عن تفرده وهويته[5].

وحسب القانون الجزائري يكتسب الطفل لقبا في حالات ثلاث:

1) حالة الطفل الشرعي.

2) حالة اللقيط ومن في حكمه.

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 454.

[2] Thierry Garé, Le droit des personnes, Ed. Dalloz, 1998, p. 127.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 144.

[4] هشام القاسم، ص 318.

[5] (Fr) Terré, (D) Fenouillet, op. cit, p. 146.

3) حالة الطفل المكفول.

1) الطفل الشرعي: لا يعتبر اللقب بالنسبة إليه أحد البيانات الواردة في سجلات الحالة المدنية، بل حقا من الحقوق التي يرثها عن أبيه – ويقتصر ذلك على الابن الشرعي – ذكرا أو أنثى – لأن مجهول الأبوين وابن الزنا لا يكون لهما لقبا، وذلك لعدم تحقق شرط الانتساب إلى أب من جهة، وعدم وجود علاقة شرعية بين أم الطفل والرجل الذي حملت منه، من جهة ثانية[1].

وعليه، أهمية اللقب بالغة من حيث أنه علامة خاصة وضعت عن قصد لحماية الأنساب وتثبيتها[2].

2) الطفل اللقيط ومن في حكمه: يتولى ضابط الحالة المدنية مهمة تسمية هؤلاء الأطفال، استنادا إلى المادة 64 ف 4 من قانون الحالة المدنية: « يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.»

ويبين شراح القانون قيمة الألقاب ووظيفتها الاجتماعية لما يقرون بأن الطفل دون نسب ليس طفلا بدون هوية أي أن الحق في السن لا يلغي الحق في الاسم[3].

3) الطفل المكفول: صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب[4] بناء على فتوى الشيخ أحمد حماني – رحمه الله – مفادها أنه يمكن منح الطفل مجهول النسب في إطار عقد الكفالة، لقب كفيله دون أن يمس ذلك بالأحكام الشرعية، إذ لا نسب ولا توارث بينهما[5]. وفي هذا تحقيق لمبدأ مصلحة الطفل المكفول بغية تنشئته تنشئة سليمة بدون بدون عقد نفسية[6] وضمانا لاستقراره العائلي والاجتماعي أيضا[7].

وجدير بالذكر أن الطفل المكفول يحتفظ باللقب حتى بعد انتهاء الكفالة، لأن اللقب خاصية من خصائصه كفرد وعنصرا من عناصر هويته أي حقا من الحقوق اللصيقة بشخصيته[8].

---

[1] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 1، 1995، ص 96.

عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 145.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 148.

[3] (Th) Garré, op. cit., p. 42.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412هـ الموافق لـ 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر عدد 05، المادة 1 الفقرة 2 – المادة 5 مكرر 1.

[5] Nadia YOUNSI HADDAD, La kafala en droit algérien, Revue des sciences juridiques, économiques et politiques, n° 04, 1999, p. 31.

[6] فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 69.

[7] فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 89.

[8] (N) Younsi Haddad, op. cit, p. 36.

2. الاسم الشخصي :

لا يكفي اللقب لتمييز الطفل عن غيره من الأشخاص تمييزا صحيحا، بل لابد من أن يحمل بالإضافة إلى الاسم العائلي، اسما خاصا به يميزه عن سواه ممن يحملون نفس لقبه، وعن غيرهم من باقي أفراد المجتمع الذين يحملون لقبا مشابها أو مغايرا للقبه.

ويعتبر الحق في الاسم – على غرار اللقب – من الحقوق اللصيقة بالشخصية لأنه الوسيلة التي تمكن الشخص من تمييز ذاته وتعيين شخصه. وبناء عليه له الخصائص التي تتميز بها هذه الحقوق[1]. كما أن الاسم نظام إداري يخدم أمن الدولة فيمنع الخلط بين أفرادها ويعمل على استقرار المعاملات فيها. بالإضافة إلى أنه يحقق المصلحة العامة، بدليل ضرورة تسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية، وضرورة إتباع إجراءات قانونية خاصة بشأن تعديل أو تغيير الاسم[2].

يتم اختيار الاسم من طرف الشخص الذي يصرح بالولادة أمام ضابط الحالة المدنية[3]، ويمكن منح الطفل عدة أسماء يعتبر كل منها جزءا من اسمه الشخصي[4]. أما إذا كان الطفل مجهول النسب، فيمنحه ضابط الحالة المدنية مجموعة من الأسماء يكون آخرها لقبا له[5]. وإذا كان لقب الأب يلحق ابنه دون أن يكون ثمة اختيار في ذلك، فإن الاسم الشخصي يختار للمولود اختيارا تراعى فيه جملة من الشروط مردها الضوابط الشرعية المذكورة آنفا، إذ تنص المادة 28 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري: (يجب أن تكون الأسماء **جزائرية** وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين). وتنص المادة 64 الفقرة 2 والفقرة 3 من قانون الحالة المدنية: (يجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين منتقين ديانة غير الديانة الإسلامية. يمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال والعادة).

وتجدر الإشارة إلى أن قرارات وتوصيات الأمم المتحدة في مجال حقوق الطفل لم تذكر مبدأ حسن اختيار اسم الطفل وما يترتب على ذلك من آثار سلبية أو إيجابية في نفسيته. وبهذا يكون الإسلام أول من اهتم **بالاسم الحسن**، فأعطى للمسلم وغيره مفهوما علميا للحق في الاسم[6].

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 226.

[2] محمد سلام زناتي، المرجع السابق، ص 288.

[3] تنص المادة 64 الفقرة 1 من قانون الحالة المدنية (يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودها...)

[4] تنص المادة 28 الفقرة 1 من قانون المدني الجزائري (يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر...)

[5] أنظر المادة 64 الفقرة 4 من قانون الحالة المدنية.

[6] ليلى عبد الله سعيد، المرجع السابق، ص 219.

أما عن وقت التسمية، فيتزامن من الناحية القانونية مع وقت التصريح بالولادة حسب المادة 64 من قانون الحالة المدنية، إذ يصرح بالمواليد كقاعدة عامة خلال أيام من الولادة ويمدد أجل التصريح في ولايتي الواحات والساورة، ستين (60) يوما، أما في البلاد الأجنبية فيصرح خلال العشرة أيام من الولادة مع جواز تمديد الأجل في بعض الدوائر الإدارية أو القنصلية بموجب مرسوم يحدد ذلك مع العلم أنه لا يحسب يوم الولادة ولا يوم الجمعة أو يوم العطلة إذا كان آخر يوم للتصريح بالولادة.

ويستفاد من هذه النصوص أن المواطنين ليسوا أحرارا بصفة مطلقة في اختيار أسماء أولادهم[1]، والنتيجة أن القواعد المنظمة للأسماء الشخصية قواعد آمرة من النظام العام[2].

ثانيا – جنسية الولد

تعتبر الجنسية مكونا من مكونات هوية الطفل المعترف بها دوليا[3]، جاء ذلك في المادة 07 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والمادة 6-3 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته[4].

ويقصد بالجنسية قانونا انتماء الفرد إلى دولة معينة[5]، ويحدد القانون في كل دولة الشروط التي تثبت بها الجنسية كما جاء في المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996: (الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون). وتثبت الجنسية لكل فرد أو شخص قانوني مهما كانت حالته الاجتماعية، والأصل أن تثبت للفرد منذ ولادته ولا تسقط عنه إلا بالوفاة[6].

1. الجنسية الجزائرية الأصلية:

تثبت الجنسية منذ الميلاد وبقوة القانون، والسبب استنادها إلى واقعة قانونية هي واقعة الميلاد، وتمنح الجنسية الجزائرية الأصلية بطريقتين على أساس ما يسمى بحق الدم، وعلى أساس ما يسمى بحق الإقليم.

---

[1] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص 93.

[2] (F). Terré, (D) Fenouillet, op. cit., p. 150.

[3] محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائري والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة، الجزائر، ط 1، 2006، ص 34

[4] تنص المادة 07 الفقرة 1: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية...."

تنص المادة 6 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته:

"1. لكل طفل الحق في اسم عند مولده.

2. كل طفل يقيد فور مولده.

3. لكل طفل الحق في الحصول على جنسيته"

[5] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 18.

[6] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 79.

أ. الجنسية الأصلية على أساس حق الدم: تمنح للطفل على أساس رابطة النسب الموجودة بينه ووالديه بحيث يصبح الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود أساس الجنسية الأصلية بمفهومها السياسي والقانوني.

ويكون النسب وحده أساسا دون النظر إلى طبيعة جنسية الأب أو الأم إذا كانت أصلية أو مكتسبة، ودون الاعتداد بمكان ميلاد الطفل، والسبب في ذلك هو دور الأبوين في تربية الأولاد وتعميق ولائهم وإخلاصهم لنفس الوطن[1].

وتجدر الإشارة إلى أن النسب الذي ينقل الجنسية للابن هو النسب الشرعي الناتج من زواج قائم حقيقة أو حكما، ولا يطلب إثبات النسب عند الميلاد، بل يجوز إثباته بعد الميلاد، لأنه إثبات كاشف للجنسية وليس منشأ لها[2].

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الجنسية الجديد بالنسبة للجنسية الجزائرية الأصلية الممنوحة على أساس الدم بمبدأ المساواة بين الجنسين في رابطة النسب[3]، إذ تنص المادة 06 منه: (يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري وأم جزائرية).

ويعتبر رجال القانون بأن علة منح الجنسية الجزائرية الأصلية على أساس دم الأم لطفلها، تتمثل في حفظ حقوق أبناء الجزائريات المتزوجات بأجانب، واللاتي يعشن مع أطفالهن في الجزائر وأهمها الحق في التعليم المجاني، والحق في التأمين الصحي... الخ[4].

ب. الجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الإقليم: تمنح الدولة الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم للطفل المولود على إقليمها بغض النظر عن أصله أو دم أبيه أو أمه[5]، ولو تأخر إثبات حصول الميلاد في إقليم الدولة إلى ما بعد الميلاد فإنه يعود بأثر رجعي إلى وقت الميلاد ويحصل الطفل بموجبه على جنسية دولة الميلاد[6].

وأخذ قانون الجنسية الجزائرية بأساس حق الإقليم أي بالولادة في الجزائر وحسب المادة 04 من هذا القانون: (يقصد بعبارة "بالجزائر" مجموع التراب الجزائري والمياه الإقليمية الجزائرية والسفن والطائرات الجزائرية).

---

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 284.

[2] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 287-288.

[3] عبد الكريم بلعيور، الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 01، مارس 2011، ص 131 وما بعدها.

[4] محمد طيبة، المرجع السابق، ص 129.

عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 148.

[5] محمد طيبة، المرجع السابق، ص 34.

[6] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 135.

وذكرت المادة 07 من قانون الجنسية على سبيل الحصر حالات منح الجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الإقليم وهي:[1]

- حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين (المادة 1/7 من قانون الجنسية).
- حالة الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى دالة على جنسيتها (المادة 2/7 من قانون الجنسية).

وإذا كانت الجنسية الممنوحة لمجهول الأبوين حسب المادة 1/7 جنسية أصلية تثبت له من وقت ميلاده، إلا أنها واقفة على شرط فاسخ هو عدم ظهور أحد أبوي الطفل خلال قصره، ويكون قانون من ثبت نسبه منه يمنحه جنسيته، وإذا تحقق الشرط يفقد الولد الجنسية الجزائرية ولو ثبت انتسابه إلى أجنبي وكان قانون ذلك الأجنبي يمنحه أيضا الجنسية[2].

ولكن المادة 07 لم توضح ما إذا كانت الجنسية الجزائرية تزول عن اللقيط الذي يعرف والداه قبل بلوغ سن الرشد ويكتسب جنسية أحدهما أو جنسيتهما في وقت واحد من جراء ذلك. والحل إعمال نفس الأثر الخاص بمجهول الأبوين لاتحادهما في الأساس القانوني للجنسية[3].

2. الجنسية الجزائرية المكتسبة:

وتسمى بالجنسية الطارئة أي التي يكتسبها الشخص بعد الميلاد لسبب من أسباب الاكتساب[4]. ولا ولا تخلو المواد القانونية المتعلقة بالجنسية المكتسبة من أحكام تخص الأولاد، سواء كانوا قصرا أو راشدين.

تنص المادة 11 الفقرة 3 من قانون الجنسية: "إذا توفي أجنبي عن زوجه **وأولاده** وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، فيمكن لهؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم"، وعليه منح المشرع الجزائري للزوجة و**الأولاد** بعد وفاة الأجنبي الذي كان سيستفيد من حكم التجنس، حق طلب تجنسه بعد الوفاة قصد الاستفادة هم أيضا من الجنسية الجزائرية بالتبعية له، ولم يميز هذا النص بين الأولاد القصر والأولاد الراشدين لعمومه. ويرجح شراح القانون أنه يشمل الفئتين مع فارق مفاده أن الأولاد الراشدين يطلبون التجنس بصفة فردية في حين ينوب عن الأولاد القصر وليهم الشرعي[5].

---

[1] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 151 وما بعدها.

[2] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 302-303.

[3] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 304.

[4] أنظر قانون الجنسية الجزائرية من المادة 9 مكرر إلى المادة 13.

[5] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 364.

وتذكر المادة 17 من قانون الجنسية الآثار الجماعية للتجنس إذ جاء فيها: "يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالدهم على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد".

ويلاحظ أن تبعية الأولاد القصر جعلها المشرع الجزائري في جانب الأب دون الأم، كما أن تجنس الأب لا يؤثر في جنسية الأولاد الراشدين، والسبب أن أساس التجنس هو الإرادة وبلوغ سن الرشد[1].

أما عن استرداد الجنسية الجزائرية وحسب المادة 14 من قانون الجنسية، فلا تلحق آثار الاسترداد زوجة المعني بالأمر وأولاده – قصرا وراشدين –[2]، بالإضافة إلى أن المادة 17 المعدلة قد ألغت الآثار الجماعية لاسترداد الجنسية وأبقت على الآثار الجماعية للاكتساب فقط[3].

والخلاصة، أن الحق في الجنسية أساس التمتع بحقوق المواطنة، وللأولاد نصيب كبير من هذه الحقوق بصفتهم أطفالا ومواطنون في آن واحد لأجل ذلك اعتبرت الجنسية عنصرا هاما في تحديد هوية الطفل، وعاملا رئيسيا لضمان حقوقه داخل بلده وخارجه.

ثالثا – دين الولد

يعتبر الدين بالمفهوم الغربي اللائكي، علاقة روحية شخصية ذات آثار اجتماعية، وليس نظاما اجتماعيا متكاملا كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية[4].

ولكن المركز القانوني للشخص في الدول الإسلامية، يتحدد من الناحية القانونية بالدين أي بالإسلام، وخصوصا في مجال الأحوال الشخصية أي قوانين الأسرة.

تدعو الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 في مادتها 1/14 إلى احترام حرية الطفل في المعتقد أو الدين[5]، وفي ذلك تأثير كبير على تربيته لأن التربية هي التي تؤدي إلى تكوين مرجع

---

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 425.

[2] أنظر قانون الجنسية الجزائرية المادة 14.

[3] تنص المادة 17 من قانون الجنسية الجزائرية: "الآثار الجماعية: يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالدهم.
على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية خلال سنتين ابتداءً من بلوغهم سن الرشد."

[4] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 08.

[5] تنص المادة 1/14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة سنة 1989:

1. تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين.

مرجع معين، فإذا نشأ الطفل في بيئة متدينة كان ذلك مرجعه الذي يختلف عن مرجع الطفل الذي نشأ في بيئة متحررة[1].

وإذا كانت حرية المعتقد من الحريات العامة التي تضمنتها الدساتير في العالم، ومنها الدستور الجزائري[2]، إلا أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام بنص المادة 02 من نفس الدستور ونظامها القانوني يتخذ من أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها مصدرا من مصادر القانون الجزائري[3].

ولعل أهم ما يوضح موقف المشرع الجزائري من ديانة الطفل ما أورده في المادة 62 الفقرة 1 من قانون الأسرة التي أقرت مبدأ قانونيا-شرعيا ألا وهو تربية الطفل **على دين أبيه في فترة حضانته أي في مرحلة الطفولة**[4]، على الرغم من عدم اشتراط إسلام الزوجة عند زواجها بالرجل المسلم[5]. ويعتبر هذا الحكم من النظام العام أي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، خلافها، بمعنى أن كل اتفاق بين زوجين مختلفي الدين ويمس بدين أطفالهما يعتبر باطلا. وكذلك الحال بالنسبة للاتفاق الذي يمنع الأب من تربية طفله على دينه[6].

وجدير بالذكر أنه وبعد أن منع المشرع الجزائري التبني في المادة 46 من قانون الأسرة وسمح بكفالة الطفل بعقد شرعي حسب المادة 116 من نفس القانون، راعى شرط إسلام الكافل بمعنى أن الطفل المكفول يجب أن يكفله جزائري مسلم فقط[7]. وعليه، فإن الكافل الذي اكتسب الجنسية الجزائرية وبقي على غير الإسلام لا يستطيع إبرام عقد الكفالة، أما الذي يثبت إسلامه بشهادة اعتناق الإسلام التي تسلمها له السلطات المعنية فله إبرامه[8].

لأجل ذلك رأى بعض الشراح وأبرزهم Jean Carbonnier أن المسائل العقائدية يجب أن تدمج في "حالة" الطفل، لوجود علاقة ضيقة **بين الدين والاسم والجنسية**، وكلها عناصر مكونة لحالة الشخص. ولكن القضاء الفرنسي – تطبيقا لمبدأ اللائكية – لم يأخذ بذلك إذ جاء في قرار محكمة فرساي بتاريخ 24 سبتمبر 1962 أن: "دين الطفل ليس عنصرا من عناصر حالته، وأن

---

[1] زكية حميدو تشوار ، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، سنة 2007، ص 183.

[2] تنص المادة 36 من دستور 1996 "لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي".

[3] تنص المادة 1 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكمن القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

[4] تنص المادة 62 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[5] François Boulanger, Les rapports juridiques entre parents et enfants, Ed Economica, 1998, p. 168.

[6] زكية حميدو تشوار، المرجع السابق، ص 200.

[7] تنص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط أن يكون الكافل **مسلما**، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

[8] Nadia Younsi Haddad, op. cit., p. 34.

حالة الشخص هي مجموعة من الصفات التي يأخذها القانون في الاعتبار ليرتب لها آثارا قانونية، وأن ربط الدين بالحالة ينجرّ عنه الاعتراف بالآثار القانونية للدين، وهذا ما يتعارض مع النظام اللائكي"[1]. أما المشرع الجزائري فقد جعل الدين من عناصر الحالة المدنية للشخص، وكل تغيير في العقيدة يلحقه تغيير في حالته المدنية[2].

ونشير إلى أن بعض القوانين الأوروبية اليوم كالقانون الألماني والسويسري والبلجيكي، تعرف مفهوم (ما قبل الرشد–الديني) (La pré-majorité religieuse) وهو نوع من الإذن للقاصر باختيار توجهاته الدينية، وذلك بتحديد القانون سنا معينة غالبا ما تكون بلوغه سن التمييز، يكون من حقه عندها اختيار دينه وليس من حق والديه[3].

ويلاحظ أن مكنة الاختيار الممنوحة للطفل المميز أخذ بها الفقه الإسلامي قبل قرون، إذ أنه في حالة ما إذا كان الأبوان غير مسلمين واعتنق الأب الإسلام، فإن الطفل يتبع أباه إذا كان غير مميّز فيؤخذ برأيه واختياره، بخلاف ما إذا كان الأبوان مسلمين واعتنق الأب دينا غير الإسلام أي كان مرتدا، فإن الطفل يبقى على دين الإسلام، سواء كان مميزا أو غير مميز تطبيقا **للقاعدة الشرعية : (الصغير يتبع خير الأبوين دينا)**[4]، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

المطلب الثالث: الحق في الرعاية الصحية

تعتبر العناية بصحة الطفل حقا لا يستهان به في المراحل الأولى من حياته، ويعتبر هذا الحق لصيقا بشخصه وكيانه المادي ممّا يوجب حفظ صحته الجسدية والنفسية معا. والشريعة الإسلامية ضمنت سلامة المولود قبل تفكير أبويه في الزواج والإنجاب، ومن ثم أبدعت في حماية صحة الصغير (الفرع الأول). أما المشرع الجزائري، وعلى الرغم من الرعاية الصحية المقررة للطفل قبل الولادة وبعدها إلا أنه لم يتفوق على الشرع في الاهتمام بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

لقد تطرقت الشريعة الإسلامية بخصوص صحة الصغير إلى كل الجوانب. فقبل الولادة أوجبت خلو الزوجين من العيوب والأمراض المانعة أو المعيقة لسلامة النسل. وبعد الولادة عملت على الاهتمام بالصحة الجسدية نظافة وعلاجا، بالموازاة مع الصحة النفسية لما لها من تأثير بالغ في النمو السليم والطبيعي للولد، ذكرا أو أنثى.

---

[1] زكية حميدو تشوار، المرجع السابق، ص 204.

[2] زكية حميدو تشوار، المرجع السابق، ص 196.

[3] (F) Boulanger, op. cit, p. 170.

[4] زكية حميدو تشوار ، المرجع السابق، ص 207.

أولا – سلامة الأبوين من العيوب والأمراض:

من أهم أهداف الحياة الزوجية إنجاب الأولاد، ولكن قد يحدث أن توجد عيوب تكتشف أو تنشأ قبل الزواج أو بعده، تتمثل في علل جنسية أو أمراض من شأنها إما الحيلولة دون ممارسة العلاقة الجنسية، أو إلحاق ضرر بالزوجين أو أولادهما، إذا ما كان المقام معها يسبب ضررا[1].

وحرصا على صحة النسل وسلامته، قررت الشريعة الإسلامية جملة من الموانع الشرعية للزواج ورد تفصيلها في أحكام المحرمات من النساء تحريما مؤبدا وتحريما مؤقتا، وإلا عد الزواج باطلا، شرعا وقانونا[2]، وبالإضافة إلى ضرورة سلامة الأبوين من أمراض معدية أو وراثية ستنتقل إلى أولادهما، تبرز ضرورة أخرى تتمثل في مراعاة الجانب النفسي للطفل والحرص على نموه في بيئة نفسية سليمة. وقد سبق الفقه الإسلامي غيره من القوانين الوضعية في الإشارة إلى ذلك، عند تبيان الحكم الشرعي للزواج الذي يُلْحِق ضررا – ماديا أو معنويا – بصحة الزوجة أو بأولادها[3]:

جعل **الحنفية والمالكية** الزواج حراما على من خاف ظلم من يتزوجها، إلى حد لا يمكنه تفاديه. ومثاله المفرط في العصبية الذي سيؤدي به إفراطه إلى الاعتداء الجسدي والنفسي على زوجه وأولاده، لذلك حرموا الزواج عليه تحقيقا للمصلحة ودرءا للمفسدة.

و**الشافعية** أباحوا الزواج لمن كان قادرا على تكاليفه وعلى القيام بحقوقه، وجعلوه مكروها إذا لم يكن لشخص رغبة فيه أو لعلة به أو مرض. أما **الحنابلة**، فانفردوا بنظرتهم، إلى حفظ الصحة النفسية للطفل قبل ولادته لما قضوا بأنه لا يحل الزواج للأسير المسلم بيد الكفرة في دار الحرب، مادام أسيرا، بل يمنع من وطء امرأته إذا أُسِرَتْ معه مع صحة نكاحها، فلعل غيره يطؤها فتختلط المياه وبالتالي الأنساب.

ويقضي القضاء الأجنبي اليوم بمثل هذا، وقد أدت هذه الاجتهادات القضائية إلى الدفاع عن حق جديد للطفل يسمى "الحق في الحياة العادية" (Le droit à la vie normale) ويثبت للطفل في مرحلة التكوين داخل رحم أمه[4].

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 01، ص 280.

[2] أنظر المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 04، ص 12 وما بعدها.

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 06، ص 15 وما بعدها.

[4] Virginie Bonningues, Naissance et vie préjudiciables de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, D.E.A. de Droit privé, Université de Lille II, France, 200/2001, p. 12 et s.

ونشير في هذا الإطار إلى قرار المحكمة الفرنسية للمعاشات العسكرية بباريس الصادر في 23 نوفمبر 2001 والذي منح المدعي الجزائري الأصل (محمد قارن) تعويضا في صورة نفقة عجز عن العمل (Une pension d'invalidité) لمدة ثلاث سنوات ابتداء من نوفمبر 1998 تاريخ رفعه لأول دعوى قضائية[1]. واستند قضاة محكمة المعاشات في حكمهم إلى أعمال العنف التي تعرض لها المدعي جنينا والمتمثلة في ضرب الأم على بطنها لمحاولة إجهاضها أو قتل جنينها.

وعلى الرغم من أن تقرير الخبرة الطبية أشار إلى وجود ثلاثة أنواع من الإصابات المتسببة في الاضطرابات العقلية التي يعاني منها المدعي اليوم، إلا أن المحكمة اعتدّت بدفع قانوني وحيد للحكم بالتعويض يتمثل في الإصابات والجروح الجنينية (Les lésions fœtales) التي تضررت منها الأنسجة العصبية للجنين في المرحلة الأخيرة من الحمل، بعد الضرب الشديد الذي تعرضت له الأم على بطنها[2].

وتجدر الإشارة في الأخير إلى عدم إمكانية تحديد العيوب أو الأمراض مسبقا وسلطة القاضي في ذلك تقديرية حسب درجة الخطورة والقابلية للشفاء من المرض، ويبقى رأي الطب أساسيا لتحديد ما يعد عيبا أو مرضا وما لا يعد كذلك فيمكن علاجه وضمان عدم انتقاله إلى الأولاد.

ثانيا – مظاهر الاهتمام بالصحة الجسدية:

أ. حق الطفل في نظافة جسمه: من المبادئ السامية للشريعة الإسلامية مبدأ النظافة التي يتحقق من خلالها حماية الإنسان من الأمراض تحقيقا لقاعدة الوقاية خير من العلاج.

وإذا كان الإنسان مأمورا بنظافة جسده، لأن الإسلام أوجب الغسل وتقليم الأظافر وحلق الشعر، فلا غرابة أن يحث التشريع الإسلامي أيضا على العناية بنظافة الطفل الذي هو نواة الإنسان حتى ينشأ صحيحا معافى، قويا سليم البنية.

---

[1] Franck Johannés, Mohamed Garne, né d'un viol pendant la guerre d'Algérie, reconnu comme victime, Le monde du 24 novembre 2001.

[2] أشار تقرير الخبير الطبي إلى وجود ثلاثة أنواع من الأضرار:

أ) أضرار ناتجة عن الطريقة التعسفية بين الأم وطفلها وقد ظهرت علاماتها بعد بلوغ الطفل محمد سبين 6 أشهر.

ب) أضرار جسدية تمثلت في تلف بعض الأنسجة العصبية للمدعي في المرحلة الأخيرة من الحمل به.

ج) أضرار نفسية بليغة بعد اكتشاف ظروف الولادة (الاغتصاب الجماعي، الولادة في ثكنة عسكرية، ظروف الحرب والأسر...).

Franck Johannés, Mohamed Garne, né d'un viol collectif dans un camp, demande réparation à l'Etat français, Le monde du 11 octobre 2001.

ويعتبر الختان من أهم أبواب النظافة الخاصة بالطفل، وسنة من سنن الفطرة التي فطر الله الناس عليها. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « الفطرة خمس: الاختتان، والاستحداد، وقص الشارب وتقليم الأظافر ونتف الإبط » [1].

وقد أثبت الطب الحديث فوائد الختان ومنافعه الصحية، وأهمها أنه جلب للنظافة وتحسينٌ للخلقة وتعديل للشهوة، ووقاية لصاحبه من الأمراض[2].

والختان سنة عند الحنفية وبعض الحنابلة، أما عند المالكية والشافعية والحنابلة في المشهور عندهم، فهو واجب لأنه شعار الدين، به يعرف المسلم من الكافر[3]. وقد صرح الإمام مالك بأنه لا تقبل شهادة الأقلف ولا تجوز إمامته[4].

وأما عن وقت الختان، فلا إجماع عليه بين الفقهاء إذ قدّروه من سبع سنين إلى عشر، وبعضهم باليوم السابع من ولادة الطفل أو بعده. والأفضل في حق الولي أن يقوم بعملية الختان في الأيام الأولى من ولادة المولود، حتى إذا عقل الصغير، وأصبح في مرحلة التمييز وجد نفسه مختونا[5].

وبلغ من حرص التشريع الإسلامي على حماية صحة الطفل الجسدية أنه جعل جناية الخاتن مضمونة عليه أو على عاقلته كجناية غيره، فإن زادت على ثلث الدية كانت على العاقلة، وإن نقصت عن الثلث فهي في ماله[6].

فعن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: « من تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن »[7]، وعليه يعتبر الخاتن أو الطبيب الذي لم يعرف عنه الطب، أو لم يكن مؤهلا للقيام بعملية الختان معتديا فيسأل عن الضرر الذي ألحقه بالطفل، أما إذا كان الخاتن أو الطبيب مؤهلا ولم يرتكب خطأ في عملية الختان، فإنه لا يسأل عن الضرر الذي يلحق المختون.

وهذه القاعدة تتفق تماما مع ما وصل إليه القانون الوضعي في مسؤولية الطبيب، التي تقوم على اعتبار التزام الطبيب في العلاج والجراحة التزام ببذل عناية (obligation de moyen) وليس التزاما بتحقيق نتيجة (obligation de résultat) [8].

---

[1] أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ط 1، سنة 2006، حديث رقم 09.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 120.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

[4] ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 145.

[5] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 119.

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 09، ص 278.

[6] ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 171 – 172.

[7] سنن أبي داود، حديث رقم 4586 / سنن ابن ماجه، حديث رقم 3466.

[8] محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 52.

ب. حق الطفل في العلاج : يعتبر التداوي والعلاج أمرا مباحا شرعا، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة. قال الله تعالى: ﴿ يَخْرُجُ مِن بُطُونِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاء لِلنَّاسِ ﴾[1].

وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل »[2]، وعن أسامة بن شريك أن بعض الأعراب قالوا: يا رسول الله أنتداوى ؟ فقال: – صلى الله عليه وسلم – « تداووا فإن الله تعالى لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد: الهرم »[3].

ولعموم قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « تداووا » يدخل في الرعاية العامة علاج الأطفال ومداواتهم، ولا تخالف الشريعة الإسلامية الأخذ بالوسائل الحديثة من تطعيم وغيره من الفحوصات الطبية، إلى جانب ما يحفظ صحة الأطفال من أغذية مناسبة وتجنب العادات والسلوكيات السيئة والمضرة بصحتهم، مع ضرورة الأخذ بأسباب الراحة الجسدية والنفسية.

وما على الآباء والأولياء والمربين إلا أن يأخذوا بتوجيهات النبي – صلى الله عليه وسلم – في شأن الاهتمام بمعالجة أولادهم المرضى لأن الأخذ بالأسباب والمسببات من مقتضيات الفطرة، ومن صميم مبادئ الإسلام.

ثالثا – مظاهر الاهتمام بالصحة النفسية

كان النبي – صلى الله عليه وسلم – رحمة مهداة للكبير والصغير وقدوة يحتذى بها في ملاطفة الأولاد والعطف عليهم رعاية لنفسيتهم. فعن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده قال: – صلى الله عليه وسلم – « ليس منا من لم يرحم صغيرنا، ويعرف حق كبيرنا »[4].

ومن أهم ما قام به المصطفى – صلى الله عليه وسلم – بخصوص مراعاة الجوانب النفسية للطفل ما يلي:

1. معاملة الولد بالرفق واللين لأن تحقير الولد وتعنيفه بشكل مستمر ودائم من أسباب انحرافات الولد السلوكية والنفسية. قال – صلى الله عليه وسلم – « إن الله رفيق يحب الرفق في الأمر كله »[5]. وقال – صلى الله عليه وسلم – « إن الرفق لا يكون في شيء إلا زانه، ولا يُنزع من شيء إلا شانه »[6].

---

[1] سورة النحل، الآية 69.

[2] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2204.

[3] جامع الترمذي، حديث رقم 2038.

[4] جامع الترمذي، حديث رقم 1920.

[5] جامع الترمذي، حديث رقم 2801.

[6] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2594.

وعن جرير بن عبد الله قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: « من يُحْرَمْ الرّفق يحرم الخير كله »[1].

2. ملاعبة الأطفال وملاطفتهم: تعتبر ملاعبة الأطفال سنة من سنن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الذي كان يرأف بهم ويُحسِن مداعبتهم، ومواقفه مع أحفاده ومع أبناء الصحابة – رضي الله عنهم – في ذلك كثيرة.

عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: (قبّل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الحسن بن علي وعنده الأقرع بن حابس التميمي جالس، فقال الأقرع: إن لي عشرة من الولد ما قبّلت منهم أحدا، فنظر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ثم قال: « من لا يَرحم لا يُرحم »[2].

3. حُسن معاملة اليتيم: رغّب الإسلام في ثواب رعاية الأطفال اليتامى، واعتبر ذلك من أسمى صور التكافل الاجتماعي بين المسلمين حتى يجد هؤلاء الأطفال ما يعوضهم عن الحنان والمحبة المفقودة بفقدهم والديهم.

قال الله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ... ﴾[3].

وقال الله تعالى: ﴿ فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلا تَقْهَرْ ﴾[4].

وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بإصبعيه السبابة والوسطى »[5].

وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « من قبض يتيما من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه أدخله الله الجنة، إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر»[6].

4. حسن معاملة أطفال غير المسلمين: تعدت مراعاة نفسية الأطفال في الإسلام إلى أطفال غير المسلمين خصوصا خلال فترة الحروب، وحكمهم الشرعي ورد في حكم أبناء السبي. وقد دعا الإسلام إلى عدم التفريق بين الأم وولدها، إذا كان الطفل دون سن البلوغ، فلو وقع في السبي ولد مع أحد أبويه، اجتهد الإمام لعدم التفرقة بينهما، والأصل في ذلك قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – « من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »[7].

---

[1] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 2592.

[2] صحيح االبخاري، حديث رقم 5998.

[3] سورة البقرة، الآية 220.

[4] سورة الضحى، الآية 09.

[5] جامع الترمذي، حديث رقم 1918.

[6] جامع الترمذي، حديث رقم 1917.

[7] جامع الترمذي، حديث رقم 1566.

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذا الحق بالنسبة للطفل وبصورة مباشرة. ولكن البحث أوصلنا إلى جمع بعض النصوص القانونية الخاصة بصحة المولود مما يدفعنا إلى تأكيد وجود هذا الحق على اختلاف الميادين التي يثبت فيها (الزواج، التطعيم، العلاج... الخ).

أولا – إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

الفحص الطبي قبل الزواج عبارة عن جملة من الفحوصات تُعنى بمعرفة الأمراض الوراثية والجنسية المعدية التي ستؤثر على صحة الزوجين مستقبلا أو على الأطفال بعد الإنجاب. ومن أهم فوائد الفحص أن العلم المسبق بنتائجه يمنح المقبلين على الزواج عدة خيارات، فإما عدم إتمام الزواج، وإما عدم الإنجاب، وإما قبول المرض وعلاجه باستمرار والفحص الطبي بذلك ضمان لسلامة الزوجين وضمان لحفظ صحة أولادهم بعد العلم بنتائجه وتحمل تبعاتها[1].

ومع انتشار الأمراض العصرية الخطيرة والمعدية، وحرصا على حسن العشرة الزوجية ودوامها وعلى سلامة صحة الزوجين وأولادهما بعد الزواج، أوجب المشرع الجزائري قبل إبرام عقد الزواج تقديم وثيقة طبية تثبت سلامة المقبلين على الزواج بصريح المادة 07 مكرر من قانون الأسرة.

"يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تُثْبِتُ خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض على الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"[2].

صدر التنظيم ممثلا في المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي جاء بجملة من الفحوصات، يؤشر بها الطبيب على الشهادة الطبية المطلوبة وهي:

1. فحص فصيلة الدم للزوجين (عامل ريسوس – Facteur rhésus) حسب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 لأن عدم توافق فصيلة دم الزوجة مع فصيلة دم الزوج قد ينجم

---

[1] محمد بن يحي بن حسن النجيمي، مقال: الفحص الطبي قبل الزواج بين الفقه والطب، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد 71، سنة 2006 على الموقع: http://www.fiqhia.com

[2] المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي سنة 2006 المحدد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة ج.ر، عدد 31.

عنه تشوه الجنين، أو إجهاضه مبكرا، أو ولادة طفل مريض أو معاق إلى غير ذلك من الأضرار الناتجة عن عدم توافق الفصيلتين[1].

2. تحري الأمراض الوراثية حسب المادة 04 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 فبعد نجاح العلماء في رسم خريطة المورثات، أصبح معروفا علميا أماكن الجينات المختلفة المسببة للأمراض الوراثية مع تحديد الحاملين للمورثة المشبوهة والتي قد ينجم عنها مرض الطفل القادم خصوصا في حالة الزواج بين الأقارب. وفي هذه الحالة قد يحمل الأب أو الأم العيب الوراثي دون أن يتضرر منه شخصيا، ولكن إذا تزوج من قريبه الذي يحمل نفس العيب، فإن الطفل قد يولد بعاهة جسدية أو عقلية أو جميعها[2].

3. الكشف عن بعض الأمراض المعدية أو المنتقلة إلى الزوج أو الذرية حسب المادة 04 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154، كالأمراض الجنسية أو الأمراض المنتشرة في مناطق معينة وبيئات معينة.

4. ضرورة إخبار المرأة بمخاطر مرض الحميراء أو الحصبة الألمانية (La rubéole) التي يمكن أن تتعرض لها أثناء فترة الحمل[3]. وهذا الالتهاب الفيروسي لا يترك أثره على الحامل وإنما على جنينها أيضا، فقد تلحقه إصابات بالغة في عضو معين (العين، الأذن، القلب... الخ)، وإصابات دماغية تؤدي إلى ولادته معتوها[4].

ونشير في الأخير إلى أن في إصدار مثل هذه التشريعات، تأصيل شرعي لقوله عز وجل: ﴿قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاء ﴾[5]. وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : « لا يوردن مُمْرِضٌ على مُصِحّ »[6]. وعليه، يحق للإنسان أن يكون نسله معافى من كل مرض أو تشوه أو نقص، وله الوقاية من ذلك بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج.

ثانيا – إجراء تطعيم الأطفال

أما عن أهم الإجراءات الوقائية الطبية التي يقوم بها الوالدين وغيرهما من الأولياء عقب الولادة مباشرة، حفاظا على مناعة المولود الجديد وضمانا لبقائه حيا قبل اكتمال نموه الجسدي.

---

[1] عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، مقال: الفحص قبل الزواج، منشور بتاريخ 20 نوفمبر 2003 على الموقع: http://www.islamtoday.net

[2] سالم نجم، مقال: العلاج بالمورثات مستقبل واعد للبشرية، منشور على الموقع: www.islamtoday.net

[3] أنظر نماذج الشهادة الطبية ما قبل الزواج، ج ر 31 المؤرخة في 14 ماي 2006.

[4] محمد أحمد النابلسي، ذكاء الجنين، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 1988، ص 77-87.

[5] سورة البقرة، الآية 220.

[6] صحيح البخاري، حديث رقم 5771.

إجراء التطعيم (La vaccination).

والدولة الجزائرية جعلت تطعيم الأطفال عملا إجباريا، وحرصت في مجال التطعيمات على مكافحة الأمراض القاتلة الجديدة كما حدث بالنسبة للتلقيح ضد التهاب الكبد الحموي "ب" (L'hépatite B).

ويعتبر المرسوم رقم 69-88 أول تشريع وطني جاء بمبدأ إجبارية تطعيم الطفل من بعض الأمراض القاتلة[1]، تلاه المرسوم رقم 85-282 الصادر في 12 نوفمبر 1985 [2]، والذي عدل المادتين 01 و04 من المرسوم رقم 69-88 الصادر في 17 جوان 1969.

نصت المادة 01 منه بأن: "تكون حماية الطفل الصحية عن طريق التلقيح من السل، والخناق، والكزاز والشهاق، وشلل الأطفال والحصباء، إجبارية".

ونصت المادة 04 منه "يخير المطلوبون بهذه الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم بين تقديم الدفتر الصحي المقرر في المادة 28 من قانون الصحة، أو تقديم شهادة طبية تثبت إجراء التلقيحات على الوجه الصحيح".

أما وزارة الصحة والسكان، فحرصا منها على نشر التربية الصحية وتوعية المواطنين بأهمية التلقيحات، نشرت قرارا بتاريخ 25 أفريل 2000 يتعلق بالتلقيح ضد التهاب الكبد الحموي "ب"[3] (Vaccin Contre l'hépatite B) الذي يضاف إلى رزنامة التلقيحات الإجبارية على الأطفال. جاء في المادة 05 الفقرة 02 منه: "يكون مخطط التلقيح المستعمل ثلاث (3) حقنات على نموذج 0-1-6 أشهر الذي يحترم التباعد على الأقل شهرا بين الحقنة الأولى والحقنة الثانية، أما الحقنة الثالثة فيمكن القيام بها بين 5 إلى 12 شهرا بعد الحقنة الثانية".

ونشير إلى أن هذا النوع من التلقيح يكون مجانا لما ورد في المادة 10 من القرار[4]، على غرار كل التطعيمات الخاصة بالأطفال والتي تتم في المستشفيات أو المراكز الاستشفائية. وعلى هذا الأساس، تكون الدولة مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن هذه التطعيمات الإجبارية، بل، إن مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 23 فيفري 1972 في قضية Boghossian قد أقام

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 69-88 المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1389هـ الموافق 17 جوان سنة 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج. ر. عدد 53.

[2] المرسوم رقم 85-282 المؤرخ في 29 صفر عام 1406هـ الموافق 12 نوفمبر سنة 1985 المعدل للمادتين الأولى والرابعة، من المرسوم التنفيذي رقم 69-88 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج. ر. عدد 47.

[3] قرار عن وزارة الصحة والسكان المؤرخ في 20 محرم عام 1421هـ الموافق 25 أفريل سنة 2000 المتعلق بالتلقيح ضد التهاب الكبد الحموي "ب"، ج. ر. عدد 39.

[4] تنص المادة 10 من قرار 25 أفريل سنة 2000

"تكون النفقات الناجمة عن التلقيح الإجباري، ضد التهاب الكبد الحموي "ب"، على عاتق المؤسسات المستخدمة أو مؤسسات التكوين المعنية".

مسؤولية الدولة عندما ينجم الضرر عن تفويت فرصة للحياة (Perte de chance de survie)[1].

وينص المشرع الجزائري حفاظا على صحة الأطفال على ما أسماه في قانون الصحة بـــ "تدابير الحماية الصحية في الوسط التربوي"[2].

و"حماية الصحة وترقيتها بواسطة التربية البدنية والرياضية"[3]، إذ يحظى الأطفال في المدارس برعاية طبية، ويمارس القادر منهم التربية البدنية (الرياضة) في جميع مؤسسات التعليم والتكوين، كما تعد أعمال النظافة والوقاية وتقديم الإسعافات إلى الطفل من أهم الوظائف المنوطة بالهياكل والمؤسسات التربوية، هذا إضافة إلى الاهتمام بفئة الأطفال المعاقين والتكفل بعلاجهم ورعايتهم صحيا حسب المادتين 89 و90 من قانون الصحة[4].

ثالثا – إجراء العلاج والجراحة:

أما بالنسبة لأهم ما يمكن ذكره بشأن علاج وجراحة الأطفال، هو أن القواعد القانونية العامة تجعل موافقة الولي الشرعي محل موافقة عديم الأهلية وخصوصا في مجال العمليات الجراحية. وتأخذ بعض القوانين بشرط الحصول على موافقة القاصر إذا بلغ حدا معينا من النضج، فيسمح له رغم عدم أهليته القانونية بإبرام اتفاقيات متعلقة بجسده أي العقد الطبي إذا أصبح مميزا[5]. وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في مجال انتزاع الأعضاء وزرعها، فنصت المادة 163 من قانون الصحة: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...".

وفي حال عدم التمكن من أخذ موافقة هؤلاء القصر، رجع القرار إلى الأبوين أو الولي الشرعي حسب المادة 166 الفقرتين الرابعة والخامسة من قانون الصحة "إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب والأم أو الولي الشرعي حسب الحالة".

وعليه، يجب الحصول على موافقة القاصر المميز قبل إجراء عمل جراحي كلما أمكن ذلك، لأنه يعبّر عن إرادة جدية، ولكن إذا رفض القاصر الجراحة ووافق عليها وليه الشرعي، لزم الطبيب الجراح القيام بالعمل لأن امتناعه سيعرضه لمسؤولية عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر[6].

---

[1] Jean-Michel De Forges, Le droit de la santé, presses universitaires de France, que-sais-je ?, 3ème éd. 1997, p. 94.

[2] أنظر من المادة 77 إلى المادة 82 من قانون الصحة.

[3] أنظر من المادة 83 إلى المادة 88 من قانون الصحة.

[4] تنص المادة 90 من قانون الصحة: "يتمتع الأشخاص المعوقون بالحق في الحماية الصحية والاجتماعية طبقا للتشريع الجاري به العمل"

[5] أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1999، ص 333.

[6] أحمد عبد الدائم، المرجع السابق.

وقد اعتبر المشرع الجزائري فعل الامتناع أي عدم مساعدة شخص في حالة خطر من الجرائم السلبية[1] المعاقب عليها في المادة 182 من قانون العقوبات.

المبحث الثاني: الحقوق الأسرية للطفل

الحقوق الأسرية تثبت لشخص، باعتباره عضوا في أسرة معينة. والملاحظ أن كثير منها حقوق غير مالية وقليل منها حقوق مالية، ولكنها جميعها تستند إلى أساس أدبي يقوم على رابطة القرابة التي تجمع بين أفراد الأسرة. ونتطرق في هذا المبحث إلى دراسة أهم الحقوق الأسرية للطفل وفق التسلسل الزمني لمراحل نموه، فالحق في النسب (المطلب الأول)، والحق في الرضاع (المطلب الثاني) والحق في الحضانة (المطلب الثالث) وصولا إلى الحق في الكفالة (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الحق في النسب

النسب رابطة قوية تجمع بين البشر لتحفظ وجودهم وانتمائهم. قال الله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ المَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصَهراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِّيراً ﴾[2].

وثبوت النسب حق أصيل من حقوق الطفل التي رعاها التشريع الإسلامي بالتفصيل لأن معظم حقوقه الأخرى تعتمد في نشأتها على ثبوت النسب[3]. ويترتب على كون النسب حقا للطفل جملة من الأحكام فصلت فيها الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، وعلى ذلك سار المشرع الجزائري الذي يستمد أصول هذا الحق وأسسه من الشرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

بعد أن قضى الإسلام على نظام التبني لقوله – عز وجل – ﴿ أدعوهم لآبَائِهِمْ هُوَ أَقسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإِنْ لَمْ تعْلَمُوا آبائِهِمْ فَإِخْوَانكُمْ فِي الدِّينِ وَمُوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيكُمُ جُنَاح فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ ماَ تَعَمَّدَت قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللهُ غَفُوراً رَحِيماً ﴾[4].

اهتم الفقه الإسلامي بأسباب ثبوت النسب وطرق إثباتها اهتماما بالغا درءا للمفاسد وجلبا للمصالح، وإذا كان نسب الولد من أمه سببه دائما الولادة سواء كانت من زواج صحيح أو فاسد، أو وطء بشبهة، أو من زنى فإن ثبوت نسبه من أبيه مرتبط بأحوال كثيرة.

---

[1] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 80 – 81.

[2] سورة الفرقان، الآية 54.

[3] محمد بن أحمد الصلاح، المرجع السابق، ص 77.

[4] سورة الأحزاب، الآية 5.

أولا: ثبوت النسب بالنكاح الصحيح:

أثبت النبي – صلى الله عليه وسلم – نسب الولد بالنكاح الصحيح[1]، أي المولود على فراش الزوجية في قوله – صلى الله عليه وسلم – « الولد للفراش وللعاهر الحجر ». ومعنى ذلك أن الولد ينسب لصاحب الفراش ومالكه أي الزوج، وفي القاعدة الشرعية حماية لشرف الولد وشرف أمه، لأن ما تلده من ولد على فراش الزوجية ينسب إليه (الزوج)، ويعتبر قرينة على أنه خلق من مائه[2].

وشروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح هي[3]:

1- إمكان حمل الزوجة من الزوج بأن يكون الزوج قادرا على الإنجاب وبالغا.

2- إمكان التلاقي بين الزوجين، وقد اختلف الفقهاء في معنى الإمكان، فبينما اعتبر الحنفية العقد الصحيح وحده سببا في ثبوت نسب الولد وإن لم يحصل تلاق. اعتبر الجمهور (المالكية، الشافعية، الحنابلة) بأن العقد الصحيح سبب لثبوت النسب الذي تأتي به المرأة إذا كان الدخول ممكنا، بأن ثبت تلاقيهما أو كان في الإمكان تلاقيهما، ويتحقق الشرط أيضا بتحقق الخلوة الصحيحة المعتبرة شرعا. والراجح أن شرط إمكان الدخول أقرب الأقوال إلى الواقع، لأنه من الأمور الباطنة والخفية، والقاعدة في الشرع أن الأحكام تناط بمظنة العلة لا بحقيقة العلة إذا كانت خفية لا سبيل إلى الاطلاع عليها[4].

3- أن تكون الولادة بعد مضي ستة (06) أشهر من حين العقد عند الحنفية، وبعد مضي ستة (06) أشهر من حين إمكان الدخول أو الخلوة الصحيحة عند الجمهور.

4- عدم نفي الزوج نسب المولود منه، وذلك بإجراء اللعان بينه وبين زوجته أمام القاضي وفق إجراء اللعان وشروطه الشرعية[5]. وفي هذه الحالة إذا تحقق النفي صار الولد أجنبيا عن الزوج منتسبا إلى أمه فقط[6].

---

[1] الزواج الصحيح كل زواج استوفى أركانه وشروطه.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 319 – ص 320.

[3] بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة سباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ط 1981، ص 17 وما بعدها.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 387 – 388.

[5] عبد الرحمن الجزيري. المرجع السابق. المجلد 5. ص 208 وما بعدها.

[6] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 332.

ثانيا – ثبوت النسب بالنكاح الفاسد:[1]

للنكاح الفاسد وضع خاص في الشريعة الإسلامية، فهو زواج من حيث عمومه وليس بزنى، ولما ينتج عن هذا الزواج آدمي فلا يجوز اعتباره كالمعدوم، أو كولد الزنى[2]، بل يثبت نسبه من باب الاحتياط، مع الحكم بفساد الزواج وفسخه[3]. ويثبت نسب الولد في النكاح الفاسد بشروط ثبوته في النكاح الصحيح، مع خلاف الفقهاء حول بداية حساب مدة الستة (06) أشهر من وقت العقد، من وقت الدخول أو من وقت إمكان الدخول[4].

الحنفية: يعتبر وقت العقد هو وقت ابتداء مدة الحمل لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعليه إذا جاءت المرأة بالولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد، ثبت نسب الولد من أبيه. أما القول عند محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، فثبوت النسب احتياطا بحساب ستة أشهر من تاريخ الوطء، وإذا ولد لأقل من ذلك، فلا يثبت النسب.

المالكية والشافعية: يعتبر وقت الدخول أو وقت الوطء هو وقت ابتداء مدة الحمل لثبوت النسب في النكاح الفاسد وهي ستة أشهر فأكثر كما هو الحكم في مدة الحمل في النكاح الصحيح.

الحنابلة: يعتبر وقت إمكان الدخول هو وقت ابتداء مدة الحمل لثبوت النسب في النكاح الفاسد أي إذا أتت به المرأة لستة أشهر منذ أمكن اجتماعها بزوجها.

والراجح الأخذ بوقت إمكان الدخول لأن فيه رعاية للولد، إعمالا للأصل المعمول به في الشريعة الإسلامية بخصوص النسب: الاحتياط في إثباته لئلا يضيع الولد[5].

ثالثا: ثبوت النسب من الوطء بشبهة:[6]

الأصل أن المرأة لا تحل إلا بعد زواج صحيح، ولكن قد توجد أمور ظاهرية تجعلها تشتبه بمن تحل له[7]. ولا يجب الحد في الوطء بالشبهة لوجود الشبهة التي يدرأ بها، وذلك ما يثبت النسب خلافا للوطء الذي يثبت به الحد، ولا يثبت به النسب من الزاني عند جمهور العلماء[1].

---

[1] النكاح الفاسد هو النكاح الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود، أو الزواج بامرأة خامسة قبل انتهاء عدة الزوجة الرابعة.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 334.

[3] مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية (DNA)، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، عدد 01، سنة 2005، ص 6.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 377 وما بعدها.

[5] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 02، ص 169 وما بعدها.

[6] الوطء بشبهة هو مقاربة الجل لامرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم.

[7] الشبهة ثلاثة أنواع:

- شبهة المحل: ما يوجد فيها دليل يقتضي الحل، لكن عارضة مانع جعل هذا الدليل شبهة في المحل، ومثالها : مواقعة الرجل لامرأة طلقها بائنا وهي في عدتها ظانا أنه لا يراجعها.

ويشترط لثبوت النسب في الوطء بشبهة إمكان أن يولد للزوج ولد بأن يتصور منه الوطء والحمل، كما يشترط أن يولد الولد لأقل مدة الحمل أي لستة أشهر من وقت الوطء. فإذا أتت المرأة بولد بعد أن تبين أنها ليست زوجة الرجل وبعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الوطء ثبت نسب الولد منه، أما إذا أتت به قبل مضي ستة أشهر، فلا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه الرجل، فقد يكون قد اتصل بها قبل ذلك بناءا على شبهة أخرى[2].

وبتوافر هذه الشروط تعمل الشبهة عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط وذلك أصل شرعي عام مبني عليه أمر النسب[3].

رابعا – ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين:

تتعدد أسباب الفرقة بين الزوجين في الفقه الإسلامي، وتختلف تبعا لذلك حالات نسب الولد فيها، وحصرا للأسباب والحالات نتطرق في هذا الجزء لأهم ما يثبت به نسب الولد في حال الفرقة بين الزوجين.

1. نسب ولد المطلقة:

يتعلق نسب ولد المطلقة بالولد الذي تلده بعد الطلاق، ولكن الحمل قد يكون بدأ قبل الطلاق فينسب إلى الزوج، وقد يكون قد بدأ بعد الطلاق فلا ينسب إليه.

وللفصل في مسائل ثبوت نسب ولد المطلقة، وضع الإمام علاء الدين الكاساني من فقهاء الحنفية في مؤلفه "البدائع" أصلين كبيرين يمكن الرجوع إليهما[4].

الأصل الأول: إذا طلق رجل زوجته قبل الدخول بها وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ولستة أشهر من تاريخ عقد النكاح، فإن الولد يثبت نسبه من الزوج المطلق لتيقن حدوث المحل منه أثناء قيام الزوجية. أما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق، فلا يثبت نسبه منه لاحتمال حدوث الحمل بوطء بعد الطلاق.

- شبهة العقد (الزواج الفاسد): عقد الرجل على امرأة والدخول بها حقيقة معتقدا أنها تحل له، ثم يتبين له غير ذلك. مثالها: عقد غير مستوف لشروط صحته.
- شبهة في الفعل: ما لا يوجد منها دليل على الحل أصلا لكن يشتبه الأمر على الرجل فيظن ما ليس بدليل دليلا. مثالها: مواقعة الرجل امرأة زفت إليه وهي في الواقع ليست بزوجته.

مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، شركة الأمل للطباعة والنشر التوزيع، مصر، ط 1، 1994، ص 186.

[1] مازن هنية، المرجع السابق. ص 06.

[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق. ص 26.

[3] محمد أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 79.

[4] عبد الكريم زيدان. المرجع السابق. الجزء 9 ص 351 وما بعدها.

<u>الأصل الثاني</u>: إذا جاءت المطلقة بولد لسنتين فأقل من وقت الطلاق ولستة أشهر فأكثر من وقت عقد النكاح ثبت نسب الولد من الزوج المطلق لاحتمال حدوث الوطء بعد الطلاق واحتمال حدوثه أثناء الزوجية أيضا. وحملا للمرأة على العفة والصلاح ولقيام رابطة الزوجية التي ترتب آثارها ومنها العدة، فإن المولود خلال فترة العدة ينسب إلى الزوج المطلق.

يرى الفقه الإسلامي المعاصر إمكانية تطبيق هذين الأصلين للفصل في مسألة نسب ولد المطلقة، مع مراعاة الاختلاف الفقهي في أقصى مدة الحمل بخصوص الأصل الثاني الذي يثبت نسب الولد بناء على أقصى مدة الحمل.

وتجدر الإشارة إلى أنه للمطلقة حالات يختلف فيها نسب ولدها وفق كل حالة، فقد تكون كبيرة من ذوات القروء، وقد تكون آيسة من المحيض، وقد تكون صغيرة لا تحيض[1]. هذا بالإضافة إلى المطلقة التي تفارق زوجها في حياته بأسباب أخرى غير الطلاق كالخلع

والإيلاء والظهار وغيرها[2]. ويستحسن الرجوع في ذلك إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي للتفصيل في كل حالة لأن المسألة لا يمكن حصرها في هذا البحث.

<u>2. نسب ولد المتوفى عنها زوجها:</u>

يختلف نسب ولد المتوفى عنها زوجها باختلاف الحالات، فإما أن يتوفى الزوج قبل الدخول أو بعده، وإما أن تقر بانقضاء عدتها أو لا تقر بانقضائها.

ويراعي الفقهاء في ذلك مدة الحمل حتى يتبين نسب الولد الذي تأتي به المتوفى عنها زوجها.

<u>أ. بالنسبة لأقل مدة الحمل:</u>[3]

إذا عقد رجل على امرأة ولم يلتقيا حتى مات الزوج، وجاءت المرأة بولد، ثبت نسبه من الزوج المتوفى عند الحنفية لوجود العقد، ولا يثبت عند الجمهور لعدم التلاقي. أما إذا عقد رجل على امرأة ومات بعد الدخول أو إمكانه، ثم جاءت المرأة بولد لتمام ستة أشهر من حين العقد وأقل منها من حين الدخول أو إمكانه، فيثبت نسبه أيضا عند الحنفية، ولا يثبت عند الجمهور.

---

[1] المطلقة من ذوات القروء هي المطلقة التي تحيض.

المطلقة الآيسة من المحيض هي المطلقة التي لا تحيض لكبرها.

المطلقة الصغيرة هي المطلقة التي يوطأ مثلها أو المراهقة التي قاربت البلوغ.

- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 354 وما بعدها.

[2] الخلع: دفع المرأة مبلغا من المال لقاء طلاقها.

الإيلاء: الحلف على عدم قربان الزوج زوجته.

الظهار: أن يقول الزوج لزوجته: أنت كظهر أمي، فيرحمها تحريما مؤبدا.

- عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 02، ص 59 وما بعدها.

[3] لم تختلف المذاهب الفقهية حول أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر.

وإذا عقد الرجل على المرأة، ومات بعد إمكان الدخول أو الدخول الحقيقي، وجاءت المرأة بولد لستة أشهر من ذلك، ثبت نسبه عند جمهور الفقهاء[1].

ب. بالنسبة لأقصى مدة الحمل:[2]

الحنفية: يفرقون في المتوفى عنها زوجها بين إقرارها بانقضاء عدتها وعدم إقرارها. إذا أقرت بانقضاء عدتها أي بمضي أربعة أشهر وعشر قبل الولادة، ثم جاءت بالولد، ثبت نسبه إذا ولدته لأقل من سنتين من حين وفاة زوجها، ولأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها، وتكون عدتها بوضع الحمل لا بالأشهر، ويبطل إقرارها لثبوت نسب الولد وإذا جاءت به لأكثر من سنتين من حين الوفاة، ولأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء عدتها، فلا يثبت نسبه لمضي أقصى مدة الحمل بعد الوفاة، إلا إذا ادعاه الورثة.

وأما إذا لم تقر بانقضاء العدة، فيثبت نسب الولد من الزوج المتوفى إن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة، لاحتمال حدوث الحمل قبل الوفاة، عكس ما إذا جاءت به لسنتين أو أكثر، فلا يثبت نسبه بسبب حدوث الحمل بعد الموت.

الجمهور (المالكية – الشافعية – الحنابلة): إذا جاءت المرأة بولد لأربع سنين فأقل من يوم وفاة الزوج، ثبت نسب الولد من الزوج المتوفى، سواء أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر مادام الولد قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الوفاة[3].

3. نسب ولد المعتدة من نكاح فاسد:

كما هو معلوم أن النكاح الفاسد يستوجب التفريق بين طرفيه بعد اكتشافه. ولكن إذا حصل فيه دخول استوجب العدة صيانة لماء الرجل وحفظا لثبوت نسب الولد منه، إذا اتضح حمل المرأة منه.

وما يقال في ثبوت نسب الولد من النكاح الصحيح من حيث أقل مدة الحمل وأقصاها، يقال في الفاسد، إلا أن ابتداء المدة يكون من وقت التفريق أو الوفاة، وكذلك ينطبق على الفاسد، ثبوت

---

[1] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 02، ص 84- ص85.

[2] اختلف الفقه الإسلامي في أقصى مدة الحمل.

- الحنفية: إنها سنتان.
- المالكية: إنها خمس سنين.
- الشافعية والحنابلة: إنها أربع سنين.
- ابن الحكم والظاهرية: المدة تسعة أشهر ولا تفوق سنة.

عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 463.

[3] محمد أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 93 – ص 94.

نسب ولد المعتدة من نكاح صحيح سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة في حالة إقرارها بانقضاء عدتها أو عدم انقضائها[1].

4. نسب ولد المعتدة بوطء الشبهة:

تجب العدة أيضا على الموطوءة بشبهة بعد التفريق بين الطرفين صيانة لماء الواطئ وحفظا لنسب المولود منه إذا تبين حمل المرأة من هذا الوطء.

ويشترط لثبوت نسب ولدها أقل مدة الحمل فيه وأقصاها، ويبدأ في حسابها من وقت التفريق بين الواطئ والموطوءة بشبهة.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن المعتدة من نكاح فاسد أو بوطء الشبهة لا تعتد عدة الوفاة إذا مات الواطئ قبل الحكم بالتفريق بينهما، وإنما تعتد بسبب وطئه[2].

خامسا – بثبوت النسب بالإقرار والبينة

1. الإقرار بالنسب:

يعتبر الإقرار بالنسب أو الدعوة أحد الطرق الغير مباشرة أو الكاشفة للنسب، لأن المقر يخبر بالحق لغيره، ولا ينشيء ذلك الحق[3].

والإقرار بالنسب نوعان، الإقرار بالنسب على النفس، والإقرار بالنسب على الغير[4].

أ. الإقرار بالنسب على النفس:

هو الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على غير المقر، وإنما فيه تحميل النسب على نفس المقر ابتداء ومباشرة، رجلا كان المقر أو امرأة. وقد يكون الإقرار على النفس إقرارا بالبنوة كأن يقر رجل أو امرأة بأن فلانا ولده أو ولدها، وقد يكون إقرارا بالأبوة كأن يقر شخص بأن فلانا أبوه، وقد يكون إقرار بالأمومة كأن يقر شخص بأن فلانة أمه.

ب. الإقرار بالنسب على الغير:

هو الإقرار الذي يكون فيه تحميل النسب على غير المقر، ويسمى أيضا: الإقرار بفرع النسب، كالإقرار بالأخوة والعمومة وغيرها[5].

ولا يثبت النسب في هذا النوع من الإقرار إلا بأحد الأمرين[1]:

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 367 وما بعدها.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 368 وما بعدها.

[3] محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ط 1998، ص 349.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 394 ما بعدها.

عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 2، ص 175 وما بعدها.

[5] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 1973، ص 699.

- أن يصدقه المقر عليه بالنسب.
- أن يقيم المقرّ بينة على دعواه أو يصدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته.

ولكن المقر في الإقرار بالنسب على الغير يعامل بمقتضى إقراره في حق نفسه، فيطالب بالحقوق المالية، فمثلا إذا أقر شخص بأن فلانا أخوه، وكان المقر موسرا والمقر عليه فقيرا وعاجزا عن الكسب، فرضت عليه نفقة الأخ على أخيه[2].

2. البينة :

كما يثبت النسب بالفراش وبالإقرار، فإنه يثبت بالبينة عليه وحدها، من غير حاجة إلى إثبات الفراش أو شبهته، ومن غير حاجة إلى الإقرار به. والبينة في إثبات النسب حجة متعدية إلى الغير، وتعتبر أقوى من الإقرار، فلو ثبت نسب طفل إلى رجل بالإقرار، واستطاع آخر أن يقيم البينة على أنه ابنه، ثبت نسب الطفل من الرجل الأخير الذي أقام البينة[3]. وإثبات النسب بالبينة هو إثبات النسب بالشهادة، ونصابها في إثبات النسب رجلان، أو رجل وامرأتان[4].

سادسا – ثبوت النسب بالقافة:[5]

القائف في الشرع من يعرف الأنساب بالنظر إلى أعضاء المولود والوالد[6]. وقد عرفت هذه الطريقة قديما عند العرب، وأقرها العلماء عند عدم ثبوت النسب بالفراش والبينة، وعند الاشتباه في نسب المولود والتنازع عليه، وقد اختلف الفقهاء في حكم إثبات النسب بها، كما ذكره الإمام النووي: " اختلف العلماء في العمل بقول القائف، فنفاه أبو حنيفة وأصحابه والثوري وإسحاق، وأثبته الشافعي وجماهير العلماء، والمشهور عند مالك إثباته في الإماء ونفيه في الحرائر، وفي رواية عنه إثباته فيهما".

والراجح الأخذ بطريق القيافة طريقا شرعيا في إثبات النسب لدلالة السنة النبوية الشريفة عليها[7]، إلى جانب ثبوت العمل بها عند عدد من الصحابة والتابعين وكثير من العلماء أي بالإجماع[8].

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 700.

[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 39.

[3] محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 80.

[4] عبد الكريم زيدان. المرجع السابق. الجزء 9. ص 404.
بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق. ص 43.

[5] القافة جمع قائف: الذي يتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه.

[6] مازن هنية، المرجع السابق، ص 07.

[7] صحيح البخاري، حديث رقم 6389، حديث رقم 4470.

[8] عبد الكريم زيدان. المرجع السابق. الجزء 9. ص 406.

ويؤكد العلم الحديث ما سبق إليه القافة في مسائل النسب بما يسمى اليوم: " تقنية البصمة الوراثية " التي تعتبر من الطرق العلمية للتحقق من صلة الولادة بين الأبوين والأبناء، وقد أقرها مجلس المجمع الفقهي الإسلامي سنة 2002 طريقا من طرق إثبات النسب على العموم، وذكر في قراره الحالات التي تستعمل فيها هذه التقنية[1]:

(خامسا – يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

أ/ إثبات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان تنازع على مجهول النسب لسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب/ حالات الاشتباه في الميلاد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج/ حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين).

وعليه، وبعد أن أعطى التشريع الإسلامي للقيافة قيمة شرعية دون إمكانية التثبت من حقيقتها، يعتمد اليوم طرقا علمية للدلالة على وجود الربط الوراثي بين الأصل والفرع، تحقيقا لأحد المقاصد الشرعية: حفظ النسل بمعرفة النسب.

<u>الفرع الثاني: في القانون الجزائري</u>

أورد المشرع الجزائري أحكام النسب في قانون الأسرة من المادة 40 إلى المادة 46 منه، مراعيا في ذلك القواعد الشرعية العامة لثبوت النسب وهي: أقل مدة الحمل وأقصاها، تشريع العدة، منع الزنى والتبني.... وغيرها.

وإذا كان نسب الطفل من أمه ثابت بالولادة الشرعية وغير الشرعية، فإن نسبه من أبيه خاضع لجملة من الأسباب والشروط المستمدة من الشريعة الإسلامية.

<u>أولا – ثبوت النسب بالزواج الصحيح</u>

أقام المشرع الجزائري ثبوت النسب في الزواج الصحيح على قيام العلاقة الزوجية إذ نصت المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح ..."[2].

---

[1] قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دروته 16 المنعقد بمكة المكرمة بين 21 – 26 شوال 1421 هـ الموافق لـ 5–10 جانفي 2002، الموقع: www.fiqhacademy.org

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 1991/05/21، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1994. ص 56.

واشترطت المادة 41 من نفس القانون جملة من الشروط لتحقق صحة هذا الزواج : "يُنْسَبُ الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

ويلاحظ من المواد أن المشرع يتوخى الشرعية في الشروط التي أوردها بمعنى:

- إبرام عقد الزواج بتوافر الأركان والشروط المقررة شرعا.
- إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين آخذا برأي جمهور الفقهاء، وقد يكون الاتصال طبيعيا أو بطريق التلقيح الاصطناعي الذي تراعى فيه أحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.
- مراعاة أقل مدة الحمل وأقصاها حسب المادة 42 من قانون الأسرة: " أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".
- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (اللعان)[1].

ثانيا – النسب في الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد في القانون الجزائري كل زواج فقد شرطا من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة[2]. ولكن الزواج الفاسد يرتب آثارا قانونية وإن كان جزاءه الفسخ أهمها ثبوت النسب، الإرث، النفقة، ذلك لمصلحة الطفل.

ويثبت نسب الولد في هذا الزواج بشرط تحقق الدخول بالمرأة أي بالدخول الحقيقي حسب المادة 40 الفقرة 1 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو ... بكل زواج تم فسخه بعد الدخول..."، وبشرط مضي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر فأكثر تحسب من

يوم الدخول أو الخلوة الصحيحة، لا من يوم العقد، لأن سبب النسب هو الدخول مع الشبهة[3].

أما أقصى مدة الحمل بالنسبة لثبوت النسب بالزواج الفاسد، فتحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبيه[4].

قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001. ص 85.

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 2002/12/25، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004. ص 289.

[2] تنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج – الصداق – الولي – شاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج".

[3] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 147.

العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 1، ص 195.

عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 213.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 1، ص 195.

ثالثا – النسب في النكاح بشبهة

نكاح الشبهة نكاح سببه غلط يقع فيه الشخص، وصور الشبهة فيه ثلاث كما ورد في الفقه الإسلامي[1]. ويثبت نسب الولد في نكاح الشبهة إذا جاءت به أمه ما بين أقل مدة الحمل (ستة أشهر) وأقصاها (عشرة أشهر) حسب المادة 40 الفقرة 1 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو ... أو بنكاح الشبهة ...". أما إذا جاء الولد بعد مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين، فلا يثبت النسب إذا كانا يجهلان وجه الشبهة، ولا يثبت أيضا إذا كان يعلمان بوجودها مسبقا، ويعتبر الولد من علاقة غير شرعية[2].

ولكن إذا وجدت شبهة تمحو جريمة الزنى التي نتج عنها حمل المرأة، بأن أثبت الخطأ أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن نية، فإن نسب المولود من الزنى ثابت وعلى ذلك إجماع الفقهاء، مع الإشارة إلى أن الأمر خاضع لسلطة القاضي التقديرية[3]. هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخلط بين الزواج الفاسد والوطء بشبهة لأن النكاح الفاسد نوع من أنواع الشبهة ويتعين عليه صياغة المادة 40 من قانون الأسرة كالتالي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالزواج الفاسد وبالوطء بشبهة..."[4].

رابعا – النسب بعد انحلال العلاقة الزوجية

الزواج مادام قائما يثبت النسب به متى توافرت أركانه وشروطه، أما إذا وقع الانفصال بين الزوجين بسبب الطلاق أو الوفاة أو الغيبة الطويلة، فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدت المرأة في مدة معينة تبعا لسبب التفريق بين الزوجين والعدة المحددة لذلك.

1. نسب ولد المطلقة:

من المعلوم أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهاَ الَّذِينَ آمَنوُا إِذاَ نَكَحْتُمْ المُؤْمِنَات ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُن مِنْ قِبَلِ أَنْ تَمُسُّوهُنَّ فَماَ لَكُمْ عَلَيهِن مِن عِدَّة تَعْتُدوهَا...﴾[5] ولكن إذا حدث اتصال بين الزوجين، أو على الأقل إمكانه وهو الشرط الذي جاء في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، ثبت نسب الولد من أبيه قانونا وشرعا لأنه مذهب الجمهور (المالكية – الشافعية – الحنابلة). أما نسب ولد المطلقة بعد الدخول فجاء حكمه في نص المادة 43 من

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 1، ص 196.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 214.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزر 1، ص 197.

[4] سولاف بومجان، إثبات النسب ونفيه طبقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005-2008، ص 23.

[5] سورة الأحزاب، الآية 49.

قانون الأسرة: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة" وفي عبارة (تاريخ الانفصال) إشارة إلى معنى (الطلاق) الذي جاء في المادة 60 من نفس القانون: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

ويطرح السؤال بخصوص بداية حساب أقصى مدة الحمل (10 أشهر):

أيكون من تاريخ صدور الحكم بالطلاق بناء على حكم القاضي حسب المادة 49 من قانون الأسرة أم من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين ؟

والجواب لا محالة يكون بحساب المدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وإن ولدته خلال مدة أكثر من عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين[1].

ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 23 مارس 2005: "ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق"[2].

وإذا كان المشرع الجزائري لم يفرق في نسب ولد المطلقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، فإن الأحكام الشرعية تطبق بشأن نوعي الطلاق، وعلى قاضي الأحوال الشخصية الإطلاع عليها قبل الفصل في قضايا النسب[3].

<u>2. نسب ولد المتوفى عنها زوجها:</u>

أوردت المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري الحكم المبين لنسب ولد المتوفى عنها وزوجها: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال" وتنص المادة 60 من نفس القانون: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

وعليه، إذا جاءت المعتدة من وفاة بعد الدخول بولد، خلال أقصى مدة الحمل بعد وفاة زوجها ثبت نسبه منه لاحتمال حصول الحمل أثناء حياة الزوج، ولأن الزوجية (الفراش) كانت قائمة وقت الحمل أيضا. وخلاف ذلك عدم ثبوت نسب الولد، إذا جاءت به المرأة لأكثر من عشر (10) أشهر من تاريخ الوفاة لتيقن حصول الحمل بعدها، إلا أنه رعاية لمصلحة الطفل وخشية ضياع نسبه، إذا أقر بالنسب الورثة بعد وفاة أبيه ثبت نسبه حينئذ بالإقرار[4]. كما أنه إذا ثبتت

---

[1] سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 19.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، في 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2005، ص 293.

[3] سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 19 – 20.

[4] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 2، ص 172.

ولادته لأكثر من عشرة (10) أشهر، ونسبته المرأة إلى الزوج المتوفى دون علم الورثة بذلك، فإن من حق من له مصلحة الطعن في هذا النسب برفع دعوى قضائية[1].

3. نسب ولد من غاب عنها زوجها:

تعتبر غيبة الزوج لفترة طويلة سببا من أسباب التفريق بين الزوجين، وجدير بالذكر أنه إذا استمر غياب الزوج لأكثر من عشرة (10) أشهر، ودون أن يثبت أنه وقع اتصال بين الزوجين، ثم جاءت زوجة الغائب بولد بعد مضي أقصى مدة الحمل من غيابه، فإن نسب الولد ثابت من أبيه، إلا إذا نفاه باللعان[2].

أخذ بذلك قضاة المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1997/07/08: "ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام. ومن تبين – في قضية الحال – أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة"[3].

وعليه، وإن كان قانون الأسرة الجزائري مستمدا من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يأت ببعض التوضيحات المهمة في مجال النسب، ومنها حكم الجهل بالتحريم والحل أو العلم به في الزواج الفاسد، إلى جانب حكم الإقرار بانقضاء العدة أو عدم انقضائها في نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ويبقى البحث عن هذه الأحكام الشرعية من مهمة القاضي في غياب نصوص قانونية صريحة، وسيدل ذلك على خبرته وإطلاعه المستمر على الأحكام الشرعية في مجال الأسرة عموما، والاحتياط ما أمكن في حفظ نسب الطفل خصوصا.

خامسا – النسب بطريق الإقرار

عبر المشرع الجزائري عن الاعتراف بالبنوة بثبوت النسب بالإقرار في المادة 40 الفقرة 1 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار..." وذكر نوعين من الإقرار كلاهما يخص مجهول النسب وهما: الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة في المادة 44 من قانون الأسرة[4] ويسمى ذلك شرعا: الإقرار بالنسب على النفس. والإقرار في غير النبوة والأبوة، والأمومة في المادة 45 من نفس القانون[5] ويسمى ذلك شرعا: الإقرار بالنسب على الغير.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

[2] سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 21.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 1997/07/08، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 67.

[4] تنص المادة 44 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالإقرار بالنبوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

[5] تنص المادة 45 من قانون الأسرة: الإقرار بالنسب في غير النبوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

1. الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:

ويثبت فيه النسب دون حاجة إلى بيان سببه من زواج أو غيره. وبين المشرع الجزائري في المادة 44 من قانون الأسرة أنه قد يصدر من طرف الأب أو الأم ويسمى إقرارا بالبنوة، وقد يصدر من طرف الولد، فيسمى إقرارا بالأبوة أو الأمومة.

وإذا كانت المادة السابقة تراعي توفر الشروط الشرعية لثبوت النسب به، إلا أنها لم تشترط تصديق المقر له بالبنوة سواء كان مميزا أو غير مميز[1].

وهذا أخذ بمذهب المالكية الذي لا يعتبر تصديقه المقر به شرطا لثبوت النسب من المقر، ما دام النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه، إذا لم يقم دليل على كذب المقر[2].

وزيادة في مراعاة مصلحة الطفل من جانب ثبوت نسبه بالإقرار، اعتد المشرع الجزائري بالإقرار على النفس في مرض الموت في الشطر الأخير من المادة 44 من قانون الأسرة: "... ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" تطبيقا للقاعدة الشرعية "إحياء الولد" واعتبار الإقرار من التصرفات الصحيحة التي يقوم بها المريض مرض الموت.

2. الإقرار في غير البنوة و الأبوة أو الأمومة:

هو إقرار بقرابة فيها واسطة بين المقر له والمقر، ولا يثبت النسب فيه إلا بتصديق من حُمّل عليه النسب وأقيمت عليه البينة، وهذا المعمول به في المذهب الحنفي، وما ذكره المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة[3].

والجدير بالذكر أن هذا النوع من الإقرار، على الرغم من أنه لا يسري في حق الغير إلا بتوافر الشروط المقررة في الإقرار على النفس، إضافة إلى تحقق أحد الأمرين: تصديق المقر عليه بالنسب أو إقامة المقر بينة على دعواه، إلا أنه يثبت حقوقا أخرى إلى جانب النسب بين المقر والمقر له، وهي:[4]

أ. مشاركة المقر له المقر نصيبه في الميراث.

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2007، ص 39 وما بعدها.

سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

[2] يسري السيد محمد، المرجع السابق، ص 183.

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 42.

سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 28.

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 42.

سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 28.

ب.وجوب النفقة على المقر إذا كان موسرا للمقر له إذا كان معسرا.

ج. سريان أحكام الحضانة بين المقر والمقر له.

وبلغ الأخذ بطريق الإقرار لإثبات النسب مبلغا عظيما في القضاء الجزائري الذي يتوخى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لحفظ كيان الأسرة ورعاية أفرادها، لما اعتد بالإقرار بنسب الحمل، مستنبطا أصوله من المذهب المالكي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15:

من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة..."[1] وقد أكد قضاة المحكمة العليا في نفس القرار على أن الإقرار بنسب الحمل، له حجية مطلقة في إثبات نسب الطفل دون حاجة إلى إقرار لاحق للولادة:

"حيث أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل والدفع بالمادة 42 من قانون الأسرة التي تحدد أقل مدة الحمل بستة أشهر، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر بمعنى أنه لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار".

ونشير إلى أن مثل هذا الإقرار معمول به أيضا في القضاء الفرنسي الذي أسماه: **(الاعتراف السابق للولادة) (La reconnaissance prénatale)**، وقد أقره إعمالا للقاعدة الرومانية التي جاءت بثبوت بعض الحقوق للطفل قبل الولادة[2].

<u>**سادسا – النسب بطريق البينة**</u>

تعتبر البينة دليل إثبات في مسائل النسب أقوى من الإقرار. ويقصد بالبينة كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا[3] وللبينة معنيان، الأول عام، ويعني الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو بالقرائن. والثاني خاص، ويعني شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة[4].

ويلاحظ أن القانون الجزائري قد أخذ بالنوعين (العام والخاص)، إذ اعتبر المشرع الجزائري الكتابة[5] دليلا لإثبات واقعة الولادة في المادة 26 من القانون المدني:

"تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال لشخصية في 1998/12/15، المجلة القضائيةـ عدد 01، سنة 1999، ص 122.

[2] Cour de cassation, 1ere civile, 04/05/1994.
Cour de cassation, 1ere civile, 07/04/2006.
www.legifrance.fr

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 217.

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 49.
سولاف بومجان، المرجع السابق، ص 33.

[5] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 155.

وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية".

أما إثبات النسب بشهادة الشهود، فجاء ذكره كدليل إثبات في المادة 62 من قانون الحالة المدنية: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء فالقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة. وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت عنده".

وعليه، تكون شهادة الرجال والنساء مقبولة أمام القضاء الجزائري في ثبوت النسب، ما دامت النساء تحضر الولادة واستهلال المولود، وقد أجاز الإمام أبو حنيفة شهادة المرأة منفردة فيما بين السرة والركبة[1].

سابعا – النسب بالطرق العلمية

لم يكن المشرع الجزائري يأخذ بالطرق العلمية في إثبات النسب، قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، للمادة 40 من نفس القانون: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وكذلك القاضي الذي لم يعتد بتلك الطرق ومنها تحليل الدم لإثبات النسب، كما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1999: "ومتى تبين – من قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"[2].

وبعد أن ابتكرت العلوم الطبية طرقا علمية لإثبات رابطة النسب، أهمها التعرف على حقيقة الأنساب بفحص الدم والبصمة الوراثية لأي شخص، مع إقرارها من طرف المجامع الفقهية، أمكن اللجوء إليها لإثبات نسب الطفل في القانون الجزائري باستحداث الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، السالفة الذكر، دون أن يشير المشرع إلى القيمة القانونية لهذه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب، أي إلى مدى حجيتها وسلطة القاضي في تقديرها، وفيما إذا كان الأمر يبقى خاضعا للقواعد المنوطة بالخبرة العلمية، أم بقواعد خاصة بهذه الطرق العلمية[3].

---

[1] ابن رشد، المرجع السابق، المجلد 6، ص 216.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 88.

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 62.

بقي أن نشير قبل طي هذا الحق، إلى أن المشرع الجزائري قد منع انتساب الطفل إلى أبوين غير حقيقيين بطريقة التبني حسب المادة 46 من قانون الأسرة[1]، ويحرص القضاء على تطبيق هذا الحكم وإبطال كل عقود الميلاد التي تنسب المتبني إلى متبنيه[2].

كما أن أحكام النسب لا تطبق على الطفل المكفول (مجهول النسب)، فلا يجعل عقد الكفالة المنصوص عليه في المادة 116 من قانون الأسرة[3]، الطفل المكفول بمثابة الابن الشرعي لكافله، بدليل أنه لا توارث بين الكافل والمكفول لعدم ثبوت النسب سواء كان الولد معلوم النسب أو مجهوله. كما أن اللقب الممنوح للمكفول حسب المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 [4] والمتعلق بتغيير اللقب، يعتبر نصا قانونيا مكملا لنصوص نظام الكفالة، ولا ينسب المكفول إلى كافله، بدليل أن المادة 5 مكرر من المرسوم تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية الأخرى، بمعنى أن اللقب الأصلي محفوظ ومستتر فقط[5].

المطلب الثاني: الحق في الرضاع[6]

إن تغذية الطفل في الشهور الأولى من حياته تؤثر إلى حد كبير على نموه وسلامة صحته. وتتم هذه التغذية بالرضاعة الطبيعية التي تشكل أساسا بيولوجيا وعاطفيا فريدا بالنسبة لصحة الأم والطفل على السواء.

والشريعة الإسلامية تطبيقا لهذا الحق أحْكَمَتْ أسسه وشروطه بعد أن جعلته واجبا على الأم وعلى الأب في حالات معينة (الفرع الأول)، أما المشرع الجزائري فألغى تلك الوجوبية في تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02، الصادر في 27 فيفري 2005 (الفرع الثاني).

---

[1] تنص المادة 46 من قانون الأسرة: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2001، ص 297.

[3] تنص المادة 116 من قانون الأسرة: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

[4] المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412هـ الموافق 13 جانفي 1992، ج. ر. عدد 05.

[5] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 36 – 37.

[6] الرضاع لغة: رضع يُرضع، ورضِع يرضَع، رضعا ورضاعا ورضاعة: أي امتص ثديها أو ضرعها وأرضعت الأم الولد: جعلته يرضع فهي مرضعة.

واسترضع الولد: طلب له مرضعة.

ابن منظور، المرجع السابق، الجزء 9، ص 481-482.

الرضاع شرعا: حصول ابن المرأة إلى جوف الطفل بالتقامه ثديها وامتصاصه اللبن منه أو ما يقوم مقامه بشروط معينة.

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 462.

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

يمد الله – سبحانه وتعالى – المرأة إذا ولدت باللبن الكافي لتغذية المولود، ويودع في قلبها من الشفقة والحنان ما يحملها على مواصلة إرضاعه وعدم النفور منه. وقد أوجب سبحانه وتعالى، على المرأة إرضاع الولد حولين كاملين لأنه يعلم بعلمه أنها المدة المثلى من جميع الوجوه الصحية والنفسية للرضيع[1].

وضع الله – عز وجل – الأسس التي يقوم عليها هذا الحق في آيتين من القرآن الكريم[2]، ففيهما توزيع لمسؤولية الرضاع بين الأب والأم، ومنهما استنبط الفقهاء أكثر أحكامه.

أولا – وجوب الرضاع على الأم

الأصل أن الوالدة هي التي ترضع ولدها لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ... ﴾[3].

ويكون الرضاع واجبا على الأم بإجماع الفقهاء في الحالات التالية:[4]

- إذا لم يكن بها مانع يمنعها منه، ولم يوجد مرضعة غيرها.
- إذا وجدت مرضعة غيرها، ولكن الصبي لا يقبل ثدي غيرها.
- إذا لم يكن للولد أو أبيه مال للاسترضاع، ولم توجد من تتبرع بإرضاعه.

أما في غير تلك الحالات، فالفقه الإسلامي على خلاف في وجوب الرضاع ديانة أو قضاء على الأم:[5]

• **الحنفية:** يجب على الأم إرضاع ولدها ديانة لا قضاء، أي أنها تأثم على تركها إرضاع ولدها من غير عذر، ولا تجبر على ذلك قضاء إلا في حالات الضرورة المذكورة أعلاه. وإذا أجبرها القاضي على إرضاع الولد من غير عذر، فحجة ذلك كون الرضاع حق الولد صيانة له من الهلاك والضياع.

---

[1] عبد الأحد ملا رجب، أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي، دار أطلس للنشر والتوزيع، السعودية، ط 2005، ص 118.
محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 84.

[2] سورة البقرة، الآية 233، سورة الطلاق، الآية 06.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

[4] عبد الأحد ملا رجب، المرجع السابق، ص 122.

[5] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 476 وما بعدها.
محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 402 وما بعدها.
محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 718 وما بعدها.
بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 531 وما بعدها.

• **المالكية:** يجب على الأم إرضاع ولدها ديانة وقضاء بلا أجر، إذا كانت متزوجة بأبي الرضيع أو مطلقة رجعيا منه. ولا يجب عليها إذا كانت من علية القوم وأشرافهم وليس من عادة نسائهم إرضاع الصغير. وحكم المطلقة بائنا حكم الشريفة، فلا يلزمها إرضاع الولد إلا في حالات الضرورة.

• **الشافعية:** لا يكون إرضاع الولد واجبا على أمه، لكنها تكون أحق بإرضاعه من غيرها إذا رضي الزوج بذلك وتبرعت بالإرضاع، أو طلبت أجر المثل على إرضاعه في غياب من يتبرع بالإرضاع.

• **الحنابلة:** ليس على الأم واجب إرضاع الولد كأصل عام. ولكنه يصير واجبا عليها وتجبر عليه قضاء في حالات الضرورة المذكورة آنفا.

وأضاف الشافعية والحنابلة بأنه يجب على الأم إرضاع ولدها اللبأ أي لبنها في الأيام الأولى للولادة، لأنه يقوي الصغير ويشد بنيته[1].

والراجح أن إرضاع الولد واجب على أمه وتجبر عليه حال قيام الزوجية لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ... ﴾. ويعتبر الإرضاع حقا لها لأنها إذا كانت مطلقة ورغبت في إرضاع ولدها لم ينازعها أحد في إرضاعه ولو طلبت أجر المثل على إرضاعه ووجد الأب من يرضعه مجانا، وعلى ذلك رأي المالكية والحنابلة[2].

ثانيا – وجوب الرضاع على الأب

كان واجبا على الأب إن امتنعت الأم عن إرضاع ولدها، أن يأتي بمن ترضعه إحياء للولد. وإذا كانت المرضع غير الأم وترضع بأجرة، سميت: ظئرا، وتلتزم بإرضاعه مدة إجارتها بأجرة متفق عليها[3].

ويجوز استئجار الظئر (المرضع) لقوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾[4].

وعليه، إذا كانت الأم أحق بالإرضاع من غيرها لأنها والدة الصغير، وأحن عليه وأشفق، فإنه يجوز شرعا العدول عن الأم إذا حصل مانع كما لو تزوجت بآخر، أو مرضت، أو انقطع عنها اللبن. والفقه الإسلامي على ذلك الحكم بالإجماع، لمدة معلومة وبأجر معلوم[1].

---

[1] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 2، ص 403.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 480.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 405.

[4] سورة الطلاق، الآية 06.

لأجل ذلك يكيف الفقه الإسلامي الرضاعة بأنها حق للولد ثابت له بحكم الشرع ويقوم على من وجب عليه هذا الحق، ما دام الرضاع قوته وغذاءه الوحيد من حين ولادته إلى حين فطامه[2]. وتتحدد مدة الرضاعة التامة بحولين كاملين ولكنها غير ملزمة لقوله عز وجل: ﴿ ... لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾، وقوله – عز وجل – أيضا: ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾، والشاهد أن الوقت معلق على الإرادة والتراضي والتشاور[3].

ونختم بأن حرمة الرضاع من المحرمات المؤبدة في الفقه الإسلامي لقوله – صلى الله عليه وسلم – « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[4]، ويثبت الرضاع المحرَّم بالإقرار والشهادة[5].

<u>الفرع الثاني: في القانون الجزائري</u>

تناول المشرع الجزائري الرضاع في الجزء المخصص لموانع الزواج في قانون الأسرة، فاعتبر الرضاع من موانع النكاح المؤبدة حسب المادة 24 الفقرة 3 منه.

واعتد بالرضاع الشرعي المحرم للنكاح في المادة 27 من قانون الأسرة التي نقلت حرفيا الحديث النبوي الشريف: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب."

أما المادتين 28 و29 من نفس القانون، فقد أوردت بعض التفصيل بخصوص الرضاع المحرم[6].

هذا وإن كان فيه تشجيع على الإرضاع، وإحياء للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم[7]، إلا أنه لا يدل على إقرار المشرع لحق الرضاع بصفة صريحة وواضحة. وما يزيد في التأكيد على هذا الفراغ القانوني، إلغاء المادة 2/39 من قانون الأسرة القديم الصادر سنة 1984، والتي كانت تعتبر أنه من واجبات الزوجة: – إرضاع الأولاد.

---

[1] عبد الأحد ملا رجب، المرجع السابق، ص 123 – 124.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 461.

محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 715.

[3] عبد الكريم ز يدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 465.

[4] شرح النووي على مسلم، حديث رقم 1844.

[5] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 2، ص 209 – 210.

[6] تنص المادة 28 من قانون الأسرة:

"يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه:

تنص المادة المادة 29 من قانونا الأسرة:

"لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا".

[7] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 1، ص 82.

فكان بالإمكان بناء على هذا النص، استناد القاضي عليه لإلزام الزوجة الممتنعة عن إرضاع طفلها بإرضاعه ما دام واجبا من الواجبات المقررة عليها. ومتى ألزمها القاضي، ولم تمتثل لحكمه وتسبب امتناعها في هلاك الطفل وموته، كانت مرتكبة لجناية يعاقب عليها قانون العقوبات، كما يعاقب الزوج من تهاون في عدم إخبار المحكمة في الوقت المناسب[1].

لا ندري اليوم ما قصده المشرع من عدم إدراج الرضاع كحق شرعي أصيل ضمن نصوص الأمر 02/05، ولماذا يتعين على القاضي الجزائري دائما العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة للإطلاع على الفقه الإسلامي بخصوص هذا الحق ؟

ومع غياب النصوص القانونية المتعلقة بوجوب إرضاع الطفل، يتعين على من له مصلحة في إحياء الولد إثارة ذلك أمام القضاء، وتبقى الأحكام الشرعية صالحة ومطبقة، لأن الإرضاع في الأساس حق من حقوق الطفل، أقره له الله عز وجل في محكم كتابه العزيز: ﴿ ... والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ... ﴾[2].

فيوجب ذلك الإرضاع من المرأة والإنفاق على الأب باعتبار الرضاع جزء من النفقة أو التزاما بدفع أجرته لمن تسترضعه. قال سبحانه وتعالى: ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾[3].

وإن الشريعة الإسلامية في باب الرضاع لتضرب المثل الأعلى للعناية بصحة الطفل وتغذيته بلبن أمه حولين كاملين، بتهيئة الوسائل التي تكفل له ولوالديه العيش الكريم. فلقد قرر الخليفة الراشد عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – ، عطاء للأطفال من بيت المال، يبدأ بعد الفطام، ولما علم أن الأمهات تسارع إلى فطام أطفالهن استعجالا للحصول على هذا العطاء، أصدر قراره بأن العطاء (المال) لكل طفل من حين ولادته، حفاظا على الطفل وحمايته، وإقناعا باستمرار الأم في إرضاعه[4]. هذا ما أخذ به المشرع البلجيكي والمشرع الكندي في قانون الضمان الاجتماعي[5] ولم يأخذ به المشرع الجزائري الذي يستمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية.

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 1، ص 167.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] سورة الطلاق، الآية 06.

[4] محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 86.

[5] www.wikipédia.org/allaitement_maternal

وفي الأخير، لزم المشرع إدراج هذا الحق الإلهي كحق صريح وواضح للطفل في قانون الأسرة، وتبيان أحكامه وأسسه في جملة من المواد، مع فرض مبلغ مالي للتشجيع على ممارسة الرضاعة الطبيعية أسوة بسيدنا عمر بن الخطاب، الذي تفطن المشرع الغربي لفقهه واحتذى به، رعاية منه لحقوق الطفل وعملا على ترقيتها وحمايتها.

المطلب الثالث: الحق في الحضانة[1]

إن تربية الولد الصغير، والقيام بشؤونه اليومية من طعام ولباس وتنظيف من مهمة الوالدين متعاونين في حال قيام الزوجية. أما بعد الفرقة بينهما، فيكون نصيب الأم من الحضانة أكبر بكثير من نصيب الأب، إن لم تكن تنفرد بها دونه أو ينفرد بها أحد محارم الولد من النساء أومن الرجال.

والشريعة الإسلامية راعت مصلحة المحضون في كل جزئيات الحضانة، ونظمها الفقه الإسلامي بصورة دقيقة (الفرع الأول)، أما القانون الجزائري فبقي يستمد أحكامه من الشريعة الغراء مانحا القاضي سلطة تقديرية معتبرة في إسنادها (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

الحضانة عموما هي ولاية التربية والحفظ من خلال القيام بشؤون الطفل منذ ولادته. والراجح أنها حق للولد لأن تشريع الحضانة قام تحقيقا لمصلحة الولد المحضون وليس تحصيلا لمصلحة حاضنه.

وما القول بأن الحضانة حق للأم، إلا أنها أحق من غيرها في الولد، وكل من هو أقدر على تحقيق هذا الغرض كان أولى من غيره، وذلك وفق ترتيب معين، وخلال مدة معينة.

أولا – مستحق الحضانة

لما كان النساء أقدر على القيام بشؤون الطفل وتلبية حاجاته الأولية لعجزه، ولما كان لهن في ذلك من الخبرة والصبر نصيب كبير، قدمهن الشارع في الترتيب على الرجال في حق

---

[1] **الحضانة لغة:** من الحِضن (بكسر الحاء) ، وهو الجنب، أو الصدر، أو العضدان وما بينهما.

حضن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه.

حضنت الأم ولدها، إذا ضمته إلى جنبها، أو صدرها وقامت بتربيته.

ابن منظور، المرجع السابق، الجزء 13، ص 122 – ص 123.

الحضانة شرعا: تباين الفقه الإسلامي في تعريفها على النحو الآتي:

الحنفية: تربية الولد لمن له حق الحضانة.

المالكية: حفظ الولد لقيام بمصالحه.

الشافعية: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون، وتربيته.

الحنابلة: حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم.

الحضانة[1]. ولأن الأم بفطرتها أحن وأشفق على ولدها من غيرها، جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم: « أنت أحق به ما لم تنكحي. »[2]، ويرتب الفقه الإسلامي المستحقون للحضانة كالآتي:

الحنفية: تثبت الحضانة للأم سواء كانت متزوجة بالأب أو مطلقة، ثم من بعدها (لأم الأم) ثم لأم الأب وإن علت، ثم للأخت (الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت للأب)، ثم لبنت الأخت (الشقيقة ثم بنت الأخت لأب في رواية والخالة في رواية أخرى)، ثم للخالة ثم بنت الأخ، ثم للعمة، (العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب)، ثم لخالة الأم ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات ثم عمات الآباء.

وإذا لم يكن للصغير امرأة من أهله المذكورات، انتقلت الحضانة إلى عصبته من الرجال، فيقدم الأب، ثم أبوه وإن علا، ثم الأخ (الشقيق، ثم الأخ لأب) ثم ابن الأخ (الشقيق، ثم لأب)، وكذا أبناء أبنائهم وإن نزلوا، ثم للعم (الشقيق، ثم لأب)، ثم لابن العم (الشقيق ثم لأب) بشرط أن يكون المحضون ذكرا.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا حق لبني العم والعمة والخال والخالة في حضانة الإناث وإنما لهم حضانة الذكور، ولا حق لبنات العمة والخالة والعم والخال في حضانة الذكور بل لهم حضانة الإناث.

وعند التساوي في درجة الاستحقاق، تكون الأولوية للأصلح، وعند التساوي في الصلاح تكون لأكبرهم سنا، فإن استووا من كل وجه، فالرأي للقاضي في اختيار الحاضن.

المالكية: تقدم الأم على غيرها في حضانة الولد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة بين الزوجين، ثم أمها (أم الأم)، ثم جدتها (جدة الأم) وإن علت، ثم الخالة (الشقيقة ثم لأم) ثم خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، ثم أم أبيه.

فأبوه، فأخته (أخت الولد)، فعمته (عمة الولد) فعمة أبيه (أخت جد الولد)، ثم خالة أبيه (أخت جدة الولد)، ثم بنت الأخ (الشقيق، ثم لأم، ثم لأب).

وإن لم يوجد أحد من هؤلاء، فللوصي على الذكر والأنثى، ثم لأخ الولد (الشقيق، ثم لأم ثم لأب) ثم للجد من جهة الأب، ثم العم ثم ابنه، ويقدم الأقرب على الأبعد، ولا حضانة للجد لأم ولا للخال على المشهور.

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 736.

[2] سنن أبي داود، حديث رقم 2276.

وعند التساوي في الاستحقاق كأختين وخالتين وعمتين، يراعى شرط صيانة الولد والشفقة عليه، فإن كان في أحد المتساوين صيانة فقط وفي الآخر شفقة فقط فالظاهر تقديم ذي الشفقة. وإن تساويا فيهما معا الأكبر سنا، فإن تساويا جرت القرعة لتحديد مستحق الحضانة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الحاضن ذكرا والمحضون أنثى، فالشرط أن يكون محرما لها، إذا كانت مطيقة للوطء، لأنه لا حضانة عليها لغير المحرم ولو كان مأمونا عليها.

الشافعية: للمستحقين في الحضانة ثلاث أحوال:

الحالة 1: أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث.

الحالة 2: أن يجتمع الإناث فقط.

الحالة 3: أن يجتمع الذكور فقط

- ✓ الحالة الأولى – اجتماع الذكور والإناث:

تقدم الأم على الأب، ثم أم الأم، وإن علت، بشرط أن تكون وارثة (لا حضانة لأم أبي الأم)، ثم بعدهم الأب، ثم أمه، ثم أم أمه، ثم أم أمه وإن علت إذا كانت وارثة.

فإن عدمت هذه الأربعة وهي **الأم وأمهاتها، والأب وأمهاته، وإذا اجتمع ذكور وإناث،** قدم الأقرب فالأقرب من الإناث ثم الأقرب من الذكور، وعند الاستواء في القرابة والذكورة والأنوثة كأخوات بنات وإخوة ذكور، فإنه يقرع بين البنات ليقدم على غيره.

- ✓ الحالة الثانية – اجتماع الإناث فقط:

تقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم أمهات الأب، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت الخالة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غير الشقيقات، وتقدم من كانت لأب على من كانت لأم.

- ✓ الحالة الثالثة – اجتماع الذكور فقط:

يقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب ثم العم لأبوين، ثم العم لأب ثم ابن العم وهكذا...

الحنابلة: أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها ثم أم أمها وإن علت، ثم الأب، ثم أمهاته وإن علت، ثم الجد (أبي الأب)، ثم أمهات الجد، ثم جد الأب ثم أمهاته، ثم الأخت (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب) ثم الخالة (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب)، ثم العمة (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب) ثم خالات أم الولد (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب)، ثم خالات أبيه (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب) ثم عمات أبيه (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب)، ثم بنات إخوة الولد ثم بنات أخواته (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب) ثم

بنات أعمامه ثم بنات عماته (الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب)، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه وبنات أعمام أبيه ويقدم في ذلك كله الأشقاء، ثم الذين لأم، وثم الذين لأب.
وإن لم يوجد أحد من المذكورين سابقا، تكون الحضانة لباقي العصبة للأقرب فالأقرب وأولاهم الأب، ثم الجد (أبي الأب) وإن علا، ثم الأخ (الشقيق، ثم لأب) ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم للأعمام، ثم بنوهم، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم.
وإذا كان المحضون أنثى، فحضانتها لعصبتها من المحارم (برضاع أو بنسب) ولكن لو كانت الأنثى دون سبع سنين، فإن لابن العم حضانتها، أما إن لم يكن لبنت سبع سنسن سوى ابن عمها ونحوه من غير محارمها، وجب تسليميها إلى امرأة ثقة يختارها أو إلى محرمه. وتثبت الحضانة لذوى الأرحام، رجال أو نساء غير من تقدم ذكرهم آنفا، لوجود الرحم والقرابة التي يرثون بها.
وإذا تساوى المستحقون للحضانة، تقدم الأنثى على من في درجتها من الذكور، فإن لم تكن أنثى بين المتساوين في الدرجة، تكون لمن تقع عليه القرعة من بين المستحقين.

ثانيا – مدة الحضانة

تبدأ حضانة الطفل منذ ولادته وتنتهي بالسن التي يستغني فيها عن خدمة الحاضنة وذلك بأن يقدر على القيام بحاجاته الضرورية اليومية كالطعام والشراب واللباس دون الاستعانة بأحد[1]. ويعرف استغناء المحضون عن حاضنه ببلوغه سنا معينة تختلف بين الذكر والأنثى في الفقه الإسلامي على النحو التالي:[2]

الحنفية: مدة حضانة الولد الذكر سبع سنين وهو المفتى به وعند بعضهم تسع سنين.
وتنتهي حضانة الأنثى إذا بلغت تسع سنين أو إحدى عشرة سنة، والفتوى أن الصغيرة تبقى للحاضنة حتى تبلغ تسع سنين، سواء كانت الحاضنة أمها أو غيرها. ويجوز في المذهب تمديد مدة الحضانة لمن بلغ معتوها – ذكرا أو أنثى – ليبقى في حضانة أمه حتى يشفى.

المالكية: مدة حضانة الولد الذكر من حين ولادته إلى بلوغه، ولو بلغ مجنونا. ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها زوجها.

الشافعية: تنتهي الحضانة ببلوغ الولد (ذكر أو أنثى) سن **التمييز**، والسن في المذهب سبع سنين أو ثمان تقريبا.

---

[1] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، الجزء 2، ص 249.
[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 523 – 524.
عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 69 وما بعدها.

<u>الحنابلة:</u> مدة حضانة الصغير سبع سنين للذكر والأنثى. ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما جاز ذلك. وإذا زال عقل الصبي كان من حق أمه.

<u>الفرع الثاني – في القانون الجزائري</u>

عرّف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"

وبهذا التعريف جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية[1].

والحضانة بذلك جزء من الولاية على النفس، تثبت للحاضن في المراحل الأولى لحياة الطفل حتى يبلغ أشده، وأساسها **مصلحة الطفل** التي توجب وضعه عند الأقدر عليها وهن النساء عادة مع بقاء حق الإشراف للرجال[2].

<u>أولا – مستحق الحضانة</u>

تغير ترتيب مستحق الحضانة في القانون الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005، وبذلك نصت المادة 64 منه على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون، درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...).

وإذا كانت مسألة ترتيب الحق في الحضانة مختلف فيها بين المذاهب الفقهية، إلا أن الإجماع على أن الأم أولى بحضانة ولدها من غيرها، وهذا إسناد شرعي بقي عليه المشرع في قانون الأسرة[3].

أما عن تقديم المشرع الجزائري لمرتبة الأب عن الجدة لأم وعن غيرها، فمرده إلى رأي الإمام ابن قيم الجوزية الذي رأى تقديم جهة الأب على جهة الأم دون بقية المذاهب والحجة عنده أن الشرع لم يشهد تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في الميراث والولاية[4]. وتجدر الإشارة إلى أن الحضانة وإن كانت حقا للأشخاص المذكورين في المادة 64 السابقة إلا أن ترتيبهم ليس إلزاميا للقاضي وليس من النظام العام، تطبيقا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون المعمول بها شرعا وقانونا[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ص 293.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 01، ص 380.

[3] المادة 64 من قانون الأسرة الصادر سنة 1984:

[4] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 87.

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 293.

ونخلص إلى أنه مع تعديل المادة 64 السابقة، لم يحدد المشرع الجزائري معنى (الأقربون درجة) والبحث عنهم في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه يكون حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة، وكان من الأجدر ترتيبهم بوضوح[1].

ثانيا – مدة الحضانة

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على المدة المقررة قانونا لانتهاء الحضانة:

"تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

ويلاحظ أن المادة السابقة جاءت بقاعدتين:[2]

القاعدة الأولى: متعلقة بانقضاء المدة بحكم القانون. وتكون ببلوغ المحضون الذكر عشر (10) سنوات، والمحضون الأنثى ببلوغها سن الزواج، والمقررة حسب المادة 7 من قانون الأسرة بتسعة عشر (19) سنة.

ومعنى ذلك أنه ببلوغهما هذه السن، لم يعد للأبوين حق التنازع على حضانة أي واحد منهما أمام القضاء.

القاعدة الثانية: متعلقة بتمديد المدة بناء على طلب الحاضن، ويسمح القانون بطلب التمديد للأم فقط إذا كانت حاضنة للولد، وكانت غير متزوجة ثانية، كما يخص طلب التمديد، المحضون الذكر فقط فلا يجوز للأم أو لغيرها طلب تمديد حضانة الأنثى بعد انتهائها.

ولكن في عدم السماح بالتمديد لأطراف أخرى مستحقة للحضانة مساس بمبدأ مصلحة المحضون الذي يتوخاه القاضي، كما أن الأمر ليس فيه أساس في الشريعة الإسلامية[3].

والخلاصة أن المشرع الجزائري حسنا فعل، عندما جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في حضانة الولد، ما دام قد خلق من مائه وما دام مسؤولا عن نفقته ورقابته، والأدوار بذلك متقاسمة بين الأبوين، فالأم أولى بالحضانة لقدرتها على تحمل الطفل والصبر على خدمته، والأب أولى من غيره بعدها، لمراقبته والإشراف عليه بالتأديب والتعليم ونحوه.

---

[1] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 81.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 298 – 299.

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 113.

المطلب الرابع: الحق في الكفالة[1]

بعد انتهاء مرحلة الحضانة، تبدأ مرحلة ضم الصغير إلى من لهم الولاية على النفس. وهذا الضم يسميه الفقهاء بالكفالة (الفرع الأول). والحكمة منها إكمال العناية بالصغير ورعاية شؤونه التي بدأت في مرحلة الحضانة كالتعليم والتأديب والتربية ونحوه. أما المشرع الجزائري فلم يذكر هذا الحق بصورة مستقلة، واكتفى بعقد كفالة الطفل كبديل لنظام التبني في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

بعد انتهاء فترة الحضانة، ينتقل الولد (ذكرا أو أنثى) إلى مرحلة جديدة من حياته تؤهله وتعده لتحمل مسؤولية نفسه وغيره بعد بلوغه عاقلا راشدا، وتسمى الكفالة. وللفقه الإسلامي موقف بخصوص بداية الكفالة ونهايتها نبينه فيما يلي:

أولا – ابتداء الكفالة

الكفالة حق للولد (ذكرا وأنثى) تبدأ من حين انتهاء حضانة النساء في الغالب، وتثبت لغيرهن وفق الأحكام الفقهية التالية:[2]

الحنفية: تبدأ كفالة الصغير عند انتهاء الحضانة ببلوغه السن المحددة عند الحنفية. ولا تخيير عندهم للمحضون بين أبويه، وإنما يضم إلى وليه وهو الولي على النفس. وتثبت ولاية ضم الأولاد الصغار إلى العصبة من الرجال بمراعاة الأقرب فالأقرب، فتكون للأب ثم الجد (أبو الأب) وإن علا، ثم الأخ (الشقيق ثم لأب) ثم لابن الأخ (الشقيق ثم لأب)، ثم للعم (الشقيق، ثم لأب)، ثم ابن العم (الشقيق، ثم لأب)، ثم عم الأب (الشقيق، ثم لأب)، ثم عم الجد (الشقيق، ثم لأب).

ولا تثبت ولاية الضم لابن العم على الأنثى، لأنه ليس بمحرم لها، وإن لم يكن لها من عصباتها غيره، اختار القاضي لها الأصلح لمراعاة مصالحها.

---

[1] **الكفالة لغة:** مشتقة من الكفل، وهو النصيب والمثل والضعف.

وكفله يكفله كفلا وكفالة: عاله ورعاه. وكفل اليتيم: رباه وأنفق عليه، أي يتعهده بالرعاية والحفظ والتربية والتنمية.

ابن منظور، المرجع السابق، الجزء 11، ص 588 – 590.

الكفالة شرعا: هي القيام برعاية شؤون الصغير أو اليتيم، وذلك بتربيته وتعليمه وتوجيهه وحفظه والإنفاق عليه.

عبد الأحد ملا رجب، المرجع السابق، ص 220.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 523 وما بعدها.

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 85 وما بعدها.

وإذا تعدد المستحقون كفالة الولد وكلهم على درجة واحدة في القرب منه، فالمستحق أفضلهم صلاحا وَوَرَعاً. وعند التسوية في ذلك، فأكبرهم سنا أولى من غيره.

أما إذا لم يوجد للولد كافل بعد انتهاء مدة حضانته، رأى البعض بقاءه عند أمه بمراعاة اجتهاد القاضي في المسألة.

<u>المالكية:</u> تكون كفالة الولد الذكر لحاضنته أما أو غيرها إلى سن البلوغ، ثم تنتهي حضانته ليتولى الأب القيام برعاية مصالحه، وإن بلغ الولد مريضا أو مجنونا في المشهور عند المالكية.

بعد الأم، تكون لأم الأم، ثم جدة الأم، ثم الخالة (الشقيقة، لأم)، ثم خالة الأم ويليها عمة الأم، ثم جدة الأب (أم الأب، أم أمه، أم أبيه)، ثم الأب، ثم الأخت للولد المحضون، ثم عمة الولد، ثم عمة أبيه، ثم خالة أبيه، ثم أقوال بخصوص بنت الأخ الشقيق، أو الأخ لأم أو لأب، أو بنت الأخت كذلك. ثم الوصي، ثم أخ المحضون، ثم ابن أخيه، ولكن يقدم عليه الجد من جهة الأب ثم العم ثم ابنه في المشهور عند المالكية.

ويؤخذ في المتساوين في استحقاق الكفالة من الذكور (كعمين) والإناث (كخالتين) بشرطي صيانة الولد والشفقة عليه، فإن تساويا فيها قدم الأكبر سنا، فإن تساويا فالقرعة تعيّن الأولى بالاستحقاق. وأما عند اختلاف الدرجة فيقدم الشخص الشقيق ذكرا أو أنثى، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب.

وتبقى الأنثى في حضانة أمها إلى أن تتزوج ويدخل بها زوجها، ولو كانت أمها كافرة، وكذلك الحال إذا كان الحاضن غير أمها.

<u>الشافعية:</u> بعد انتهاء مدة الحضانة يخير الولد بين أمه وأبيه لكفالته، ويتقرر حق الزيارة للأب والأم بمراعاة حالات الاختيار التالية:

<u>أ. إذا كان الولد في كفالة أبيه:</u>

إذا كان الولد – ذكرا أو أنثى – في كفالة أبيه، فيخضع حق الزيارة للأم إلى جملة من الضوابط الشرعية:

- إذا كان الولد ذكرا لم يمنعه أبوه من زيارة أمه ويكون الابن أولى بزيارة أمه دون أن يكلفها بالخروج من بيتها، لأنه ليس بعورة.
- إذا كان الولد أنثى، فللأب منعها من زيارة أمها وللأم زيارتها لأنها أولى بالخروج منها نظرا لكبر سنها وخبرتها، ولكن إن مرضت الأم لزم الأب أن يأذن لابنته التي في كفالته أن تذهب إلى بيت أمها لتمريضها خلافا للابن وإن أحسن التمريض.

- إن مرض الولد – ذكرا أو أنثى – تكون أمه أولى بتمريضه، سواء حصل التمريض في بيت الأب أو بيت الأم.

ب. إذا كان الولد في كفالة أمه:

إذا كان الولد– ذكرا أو أنثى – في كفالة أبيه، فيخضع حق زيارة الأب إلى الضوابط التالية:

- إذا كان الولد ذكرا بقي عند أمه ليلا وعند أبيه نهارا للتعليم والتأديب.
- إذا كان الولد أنثى، تكون عند أمها ليلا ونهارا بهدف سترها، وعلى الأب زيارتها في بيت أمها دون أن يطلبها إلى بيته، ليشارك في تأديبها وتعليمها ونفقتها.

الحنابلة: تنتهي مدة حضانة الولد ببلوغه سبع سنين، ويخير الولد الذكر بين أبويه لكفالته. أما الأنثى فتبقى عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين ولا تخير.

أ. إذا كان الولد الذكر عند أبيه:

يبقى الولد عند أبيه ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه، وإذا مرض الولد كانت أمه أحق بتمريضها في بيتها، وإذا مرضت أمه لم يمنع الولد من زيارتها من حين لآخر.

ب. إذا كان الذكر عند أمه:

يكون عند أمه ليلا ويأخذه الأب نهارا لتعليمه وتأديبه ونحوه. وإذا مرض الأب لم تمنعه الأم من زيارته.

أما الأنثى فتبقى عند أبيها ليلا ونهارا ولا تمنع أمها من زيارتها في بيت أبيها والأم تزور بنتها في حال الصحة وتزورها البنت أيضا في حال الصحة. أما إذا مرضت الأم لم تمنع البنت من زيارتها لأن المرض يمنع الأم من زيارة البنت.

أما كفالة اليتيم[1]، فذلك باب آخر في الفقه الإسلامي، ولذكر اليتامى في القرآن الكريم مرات عديدة[2]، أقر الفقهاء في حق اليتيم أحكاما شرعية واجبة التنفيذ قضاء، وأحكاما شرعية واجبة النفاذ ديانة فقط. والنوع الأول يخص أموال اليتيم، أما الثاني فيخص حسن معاملته[3].

---

[1] اليتيم: الصبي أو الصبي الذي فقد أباه، ويستمر يتيما حتى البلوغ.
محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 36.

[2] سورة النساء، الآيات 02، 06، 08، 10.
سورة الأنعام، الآية 152.
سورة الإسراء، الآية 34.
سورة الأنفال، الآية 41.
سورة الحشر، الآية 08.
سورة الضحى، الآية 09.

[3] محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

وأما عن التفاصيل، فليس مجالها هذا البحث، ويرجع فيها إلى كتب الفقه الإسلامي.

ثانيا – انتهاء الكفالة

تنتهي الكفالة ببلوغ المكفول بأمارات العقل والرشد. ولكن قد تحدث أمور تدعو إلى مد كفالة الولد بعد بلوغه، فصل فيها الفقهاء كما يلي:[1]

الحنفية: من بلغ معتوها أو مجنونا كان عند أمه. وإذا بلغ الذكر عاقلا رشيدا فلا ولاية لأحد عليه، وله أن ينفرد بالسكن إلا إذا بلغ عاقلا وغير مأمون على نفسه، فيكون للأب، ثم الجد وغيره من العصبات ضمه إليه.

أما الأنثى، فإذا بلغت بكرا، فللأب وغيره من الأولياء عند فقد الأب ضمها إليه، أما إذا كانت البكر مسنة، ولها رأي، وكانت مأمونة على نفسها، فليس لأحد من أوليائها حق ضمها إليهم، ولها أن تسكن حيث شاءت.

وإذا بلغت الأنثى ثيبا وهي مأمونة على نفسها، فلا حق لأوليائها ضمها إليهم، ولها أن تسكن حيث شاءت. وإذا لم تكن مأمونة على نفسها، فللأب ضمها إليه، فإن فقد الأب فولاية الضم للجد (أبي الأب)، فإن لم يوجد فللأخ والعم.

وإذا بلغت الأنثى ولم يكن لها أب أو جد أو عصبة أو كان لها عصبة مفسدة، نظر القاضي في أمرها.

المالكية: تستمر حضانة الأم للذكر إلى البلوغ، وللأنثى حتى زواجها والدخول بها، إلاّ أن يخاف عليها الفتنة أو الضياع عند الأم. أما إذا طلقها زوجها أو مات عنها، فهي أحق بنفسها ولها السكن حيث شاءت، إلاّ أن يخاف عليها الفتنة والفساد فلوليها منعها.

الشافعية:

1. إذا كان الولد ذكرا وبلغ رشيدا لم يكن لأحد ولاية ضمه إليه، وإذا بلغ عاقلا غير رشيد ففي رواية أن يبقى عند كافله، وفي رواية تدوم كفالته إلى ارتفاع الحجر عليه. والمذهب أنه يسكن حيث شاء.

2. إذا كان الولد أنثى وبلغت رشيدة، فالأولى أن تبقى عند أحد الأبوين حتى تتزوج، إن كانا منفصلين، وعندهما إن كانا مجتمعين، ولكن لها أن تسكن حيث شاءت ولو بأجرة إذا كانت ثقة،

عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 103 – 104.

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 105 وما بعدها.

عبد الأحد ملا رجب، المرجع السابق، ص 276 وما بعدها.

وإلا فللأم إسكانها معها وكذا للولي من العصبة إذا كان محرما لها، أو في مكان أمين مع تفقدها ومراقبتها.

وأما إذا بلغت الأنثى غير رشيدة، فالمعتمد أنها تبقى عند كافلها.

الحنابلة: إذا بلغ الولد – ذكر أو أنثى – معتوها أو مجنونا بقي عند أمه لأنها أعرف بخدمته وأقدر عليها وإذا بلغ الولد الذكر عاقلا، فله الاختيار في الإقامة بين أبويه، وله الانفراد بالسكن.

وإذا كان الولد – أنثى وبلغت، كانت عند الأب وجوبا. وللأب أو من يقوم مقامه من الأولياء منعها من الانفراد بنفسها خوفا عليها من أهل السوء والفتن.

يلاحظ أن جمهور الفقهاء (الحنفية، الشافعية، الحنابلة) يفرق بين الحضانة والكفالة، أما المالكية فولاية الحضانة عندهم تدخل فيها الكفالة، فتزول عن الولد الذكر ببلوغه عاقلا وعن الأنثى بزواجها والدخول بها.

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

لم يبين المشرع الجزائري مصير الولد المحضون بعد انتهاء مدة حضانته في قانون الأسرة أو قوانين أخرى[1]. وإذا كانت حضانة الأنثى تنتهي بسن الزواج وحضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات حسب المادة 65 من قانون الأسرة، فما مصيرهما بعد بلوغهما هذه السن ؟. وما مفهوم كفالة الولد في القانون الجزائري ؟.

أولا – مرحلة ما بعد الحضانة

يعترف المشرع الجزائري بنظام الولاية على الصغير في قانون الأسرة[2].

وإذا كان بعض شراح القانون قد اعتبروه مشابها لنظام السلطة الأبوية[3]، إلا أنه يختلف اختلافا جذريا عنه، ما دامت السلطة الأبوية لا تشمل الولاية على مال الصغير، وتكتفي بتحديد ثلاث وظائف: الحضانة (La garde) التربية (l'éducation)، والرقابة (La surveillance) [4].

الحضانة جزء من الولاية، فقد يكون الولي شخص والحاضن شخصا آخر، وللولي مراقبة تربية المحضون حينئذ، وقد فرق المشرع الجزائري بينهما في نص المادة 87 الفقرة 3 من قانون الأسرة.

"وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 299.

[2] أنظر المادة 81 إلى المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 158 وما بعدها.

[4] (F). Terré, (D) Fenouillet, op. cit., p. 865 et s.

والحضانة جزء من الولاية على النفس أيضا عندما يتقاسم فيها الأبوان أو حاضنا آخرا مع أحد الأبوين مهامها، بأن يرعى الصغير ويخدمه من يكون حاضنا له ويراقب ويشرف على تربيته وليه. وإذا كان المشرع الجزائري لم يبرز هذا الاختلاف وأدواره، فذلك لأن أحكام الشريعة الإسلامية مطبقة في القضاء بشأن هذه المسائل إعمالا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

وعليه، بعد انتهاء حضانة الولد الذكر ببلوغه 10 سنواتـــ يكفله ويضمه وليه على النفس إلى بلوغه 19 سنة كاملة حسب المادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني.

أما الأنثى فحضانتها وكفالتها إلى حاضنها حتى بلوغها سن الزواج المحددة بتمام 19 سنة حسب المادة 07 من قانون الأسرة – وهي بذلك بالغة لسن الرشد المدني أيضا.

وهذا ما جاء به المذهب المالكي، بعد انتهاء مدة الحضانة، أي استمرار حضانة الولد الذكر إلى البلوغ، واستمرار حضانة الأنثى إلى الزواج بشرط الدخول بها.

وتحدد المادة 87 من قانون الأسرة ترتيب أصحاب الولاية فتنص بأنه:

(يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد).

ومن المعلوم أن ولاية الأب تكون على النفس والمال معا، في حين تكون ولاية الأم على النفس فقط في الفقه الإسلامي، لكنها قد تكون وصية مختارة أو معينة.

وأما الولاية في الزواج، فإن كانت جزءا من الولاية على النفس، فإن الفقهاء يشترطون في مستحقها البلوغ والعقل والذكورية مع مراعاة أحوال البنت (صغيرة أو كبيرة، بكرا أو ثيبا) والأحوال التي تتقرر فيها ولاية الإجبار وولاية الاختيار. وقد اعتبر المشرع الجزائري بأن ولي البنت أبوها أو أحد أقاربها والقاضي ولي من لا ولي له[1]. هذا معناه أن الولاية على النفس تشمل الحضانة والكفالة والتزويج، وكل هذه العناصر تنتهي ببلوغ الذكر والأنثى عاقلين راشدين. ومنعا لكل تداخل أو تناقض بين المواد القانونية، وجب على المشرع الجزائري توضيح مواقفه من كل أنواع الولاية (على النفس وعلى المال) بإدراج نصوص صريحة لبيان مستحقيها وشروطهم وأحوال إسنادها مع إسقاطها، لحسن سير العدالة التي تنشُدُ إعطاء كل ذي حق حقه، حسب الشرع والقانون.

---

[1] أنظر المادتين 11، 13 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا – عقد الكفالة

الكفالة بمفهوم قانون الأسرة الجزائري[1] التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه[2]. والكفالة عقد ذو ثلاثة أطراف: الكفيل والمكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة حسب إجراءات قانونية معينة.

والطفل المكفول يجب أن يكون قاصرا، ذكرا أو أنثى، وقد يكون معلوم النسب أو مجهوله. فإذا كان معلوم النسب يشترط عند إبرام العقد أن يحضر أبواه للتعبير عن قبولهما الصريح، وإذا توفي أحدهما اعتد بقبول من بقي حيا، وإذا توفي أبواه فالقول للحاضنة[3]. أما مجهول السن فموافقة دار الرعاية الاجتماعية أو دار الطفولة المسعفة التي عاش فيها ضرورية.

ويتم التخلي عن الكفالة أمام نفس الجهة التي أقرتها بمراعاة الشروط الواردة في المادة 125 من قانون الأسرة.

وتطبق على الطفل المكفول أحكام الولاية على النفس وعلى المال حسب ما يسمح به القانون لأنه ليس ابنا حقيقيا لكافله[4]. وقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي بخصوص ولاية الكافل للولد المكفول.

ولكن الكفالة حق لكل طفل معلوم النسب يمارسها الأولياء على النفس مع مراعاة مراتبهم وشروط الاستحقاق فيهم، وما عقد الكفالة الذي نص عليه المشرع في قانون الأسرة، سوى حل قانوني لمسألة التبني الممنوعة في الشريعة الإسلامية، وقد بقيت إشكالات كثيرة قائمة بخصوص هذا العقد: كيف تنقل حضانة الطفل إلى الكافل ؟ ولماذا يترك المكفول أقاربه ليعود إليهم مرة ثانية حسب المادة 124 من قانون الأسرة ؟

والخلاصة أن المشرع الجزائري اتبع مبادئ الشريعة الإسلامية بوضع بديل للتبني وهو نظام الكفالة لأجل رعاية الطفل المحروم.

وتفصيله في أحكام الكفالة بخصوص معلوم النسب ومجهوله، أوقعه في فخ التفرقة بين الأطفال، إذ أن انتهاء الحضانة ببلوغ الذكر عشر سنوات والأنثى سن الزواج، لن يمكنهما من اختيار كافل قبل تحقق ذلك. ومعلوم أن المادة 124 من قانون الأسرة قد منحت حق الاختيار للولد بعد

---

[1] أنظر المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 18.

[3] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 25.

[4] أنظر المادتين 121، 122 من قانون الأسرة.

إبرام عقد الكفالة بين كافله وأبواه أو أحدهما إذا بلغ سن التمييز فقط أي 13 سنة، وقبل بلوغها الأمر متروك للقاضي مراعاة لمصلحة الكافل.
وفي حق الاختيار الذي أصّله المذهب الشافعي تعظيم لرأي الطفل واحترام مشاعره ومثل هذه المكانة أو الفرصة لا تتسنى لجميع الأطفال المحضونين حسب القانون الجزائري.

الفصل الثاني : حقوق الطفل المالية

تثبت للطفل بصفته شخصا قانونيا مجموعة من الحقوق المالية. ويثبت بعضها في مرحلة التكوين والطفل جنينا كحق الميراث أو الحق في الوصية أو الهبة أو الوقف، ويثبت بعضهما الآخر بعد ولادته حيا، ولكن دون مباشرتها بنفسه مراعاة لصغر سنه وعدم قدرته على التمييز بين النافع والضار، فيكون على ويله على المال إدارة وتسيير أمواله إلى بلوغه سن الترشيد أو الرشد.
قد تنتج الحقوق المالية عن وقائع قانونية كالولادة والوفاة والطلاق (المبحث الأول)، وقد تنتج عن تصرفات قانونية تصدر من جانب واحد كالوصية والوقف، أو تصدر من جانبين كالهبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حقوقه الناتجة عن وقائع قانونية

الواقعة القانونية عبارة عن حادثة، إرادية أو غير إرادية، من شأنها أن ترتب أثرا قانونيا معينا. وإذا كانت الوقائع القانونية تنقسم إلى وقائع طبيعية ووقائع من فعل الإنسان، فإن حقوق الطفل المالية والمقصودة قد تصدر عن واقعة الولادة أو غيرها كالحق في النفقة (المطلب الأول)، وقد تصدر عن واقعة الوفاة كالحق في الميراث (المطلب الثاني)، وقد تصدر عن واقعة الطلاق كأجرتي الحضانة والرضاع (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الحق في النفقة[1]

النفقة هي ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وكسوة ومسكن وما يتبع ذلك من أمور ضرورية

---

[1] النفقة لغة: ما أنفقه الإنسان من الدراهم ونحوها على نفسه وعياله وغيرهم، أي: ما أخرجه.
أنظر لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 10، ص 357 – 358.
أنظر القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 1196.
النفقة شرعا:
الحنفية: الإدرار على الشيء بما به بقاؤه.
المالكية: ما به قِوام معتاد حال الآدمي بدون سرف.
الشافعية: طعام مقدار لزوجة وخادمها على زوجها، ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه.
الحنابلة: كفاية من يمونه خبزا وآدما وكسوة ومسكنا وتوابعها.
عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 485 وما بعدها.

لحياته المادية والمعنوية الكريمة. واعتبرت النفقة حقا شرعيا للولد بسبب البنوة أو القرابة، والأحكام الفقهية بشأنها كثيرة (الفرع الأول). أما المشرع الجزائري فقرر حماية قانونية لحق النفقة على الولد دون الابتعاد عن تلك الأحكام الشرعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

الأصل في وجوب نفقة الولد – قوله عز وجل – ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[1]. وقد عبر سبحانه وتعالى على الزوج (بالمولود له) وفي ذلك إشارة إلى سبب وجوب النفقة للأولاد وهو الولادة. وكذلك في قوله – صلى الله عليه وسلم – لهند زوجة أبي سفيان « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[2]، دليل على وجوب نفقة الولد على أبيه. أما الفقه الإسلامي ففصل في نفقة الولد على النحو الآتي:

أولا – أسباب وجوب النفقة على الصغير:

أجمع الفقهاء على مبدأ وجوب النفقة للقريب على قريبه، ولكنهم اختلفوا في تحديد القرابة الموجبة للإنفاق، والتي تكون نوعان: قرابة الولادة، وقرابة غير الولادة على أقوال أربعة:[3]

• **الحنفية:** سبب وجوب نفقة الفروع والأصول هو الولادة التي تثبت بها الجزئية بين الأصل والفرع. ولما كانت جزئية الفرع للأصل ثابتة في جميع الأحوال سواءً كانا متحدين في الدين أو مختلفين فيه، فإن نفقة الأصول والفروع تكون واجبة حتى مع اختلاف الدين. أما سبب وجوب نفقة باقي الأقارب فهي القرابة المحرمة للزواج، فتجب النفقة على كل قريب لقريبه إذا كانت القرابة بينهما تحرّم على الرجل الزواج بالأنثى، أي لا تجب على القريب غير المحرم كأبناء الأعمام والأخوال.

• **المالكية:** تقتصر النفقة عند الإمام مالك على عمود النسب أي على الوالدين المباشرين والأولاد الصُلبيين دون بقية الأقارب، أي أن القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولادة المباشرة فقط، فتجب النفقة للأب والأم على الولد ذكرا كان أو أنثى، وتجب النفقة على الأب لولده ذكر كان أو أنثى، ولا تجب على الأم نفقة ولدها، كما لا تجب لغير هؤلاء الأقارب نفقة على أحد من أقاربهم لعدم تحقق شرط الولادة المباشرة.

---

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] صحيح البخاري، حديث رقم 5364.

[3] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها.

أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، ط 1995. ص 131 وما بعدها.

سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة التعاون للطبع والنشر، القاهرة مصر، ط 3، سنة 1980، ص 142 وما بعدها.

• **الشافعية:** القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولادة مطلقا – المباشرة وغير المباشرة – بمعنى وجوب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول، دون تحديد لدرجة قرابة معينة. فالأصل وإن علا والفرع وإن نزل، لا فرق بين ذكر وأنثى، ووارث وغير وارث.

• **الحنابلة:** المذهب في سبب وجوب نفقة الفروع والأصول على قولين: الأول يرى بأن سببها هو الولادة فتجب بينهم مع اختلاف الدين، والثاني يراها الولادة مع أهلية الاستحقاق في الإرث، بينما يكون سبب وجوب نفقة الأقارب هو الإرث فقط.

والملاحظ أن مذهب المالكية أضيق المذاهب في نفقة الأقارب بما فيهم الأبناء، وأن أوسعها مذهب الحنابلة وهو أصلحها للإتباع لما فيه من توسيع دائرة النفقة للأقارب[1].

ثانيا – شروط استحقاق الصغير للنفقة

يعتبر الإنفاق على الأولاد واجبا شرعيا على أبيهم بسبب واقعة الولادة أو البنوة. وقد قرر الفقهاء أن نفقة الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد، مادام الأب موجودا وموسرا أو قادرا على الكسب. والولد المستحق للنفقة عند المالكية هو الولد الصلب دون أن يلحق به غيره من ولد الولد، بينما اعتبره جمهور الفقهاء الولد الصلب المباشر وفروعه وإن نزلوا – ذكورا أو إناثا –[2].

وفي جميع الأحوال اتفق الفقهاء على مراعاة جملة من الشروط لاستحقاق الصغير نفقته نوجزها في الآتي:[3]

1. ثبوت نسب الصغير من الأب المطالب بالنفقة، لأن الأب أصل والابن فرعه.
2. أن يكون الصغير فقيرا لا مال له، لأن القاعدة تقتضي نفقة الشخص في ماله أولا، وإلا وجب الإنفاق عليه من مال غيره. ويشترط في مال الصغير أن يكون حاضرا في يد وليه وليس محل النزاع أو مالا غائبا، وإلا كانت النفقة على الأب حتى يحضر مال الصغير.

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 826.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 159 – ص 160.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 159 – ص 160.
بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 108 وما بعدها.
أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.
سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 151 وما بعدها.

3. أن يكون الصغير غير قادر على الكسب من عمله أو حرفته، أو يكون عاجزا عن الكسب أصلا. والعجز عن الكسب إما حقيقي وإما حكمي. فأما العجز الحقيقي فيكون بالصغر الذي لا يبلغ المتصف به حد الكسب، أو بسبب المرض (عاهة عقلية أو بدنية)، بينما يكون العجز الحكمي بسبب الأنوثة، أو طلب العلم.
4. أن يكون المنفق على الصغير موسرا أي ذا مال يزيد عن حوائجه الأصلية لأنه لو كان معسرا لكان عاجزا عن النفقة، أو يكون قادرا على الكسب.
5. أن يكون المنفق على الصغير في حال نفقة الأقارب عليه قريبا وارثا. وما دام القريب الوارث أحق بمال المورّث من غيره، كان من العدل أن ينفق على الصغير دون قريبه غير الوارث، مصداقا لقوله عز وجل: ﴿ وآتِ ذَا القُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾[1].

ونختم حديثنا عن استحقاق الصغير للنفقة بأنه إذا لم يكن للصغير الفقير أحد من أقاربه ينفق عليه، فإن نفقته تكون واجبة في بيت المال، الذي من أهم وظائفه في الشريعة الإسلامية تلبية حاجات المحتاجين أي الإنفاق عليهم[2].

ثالثا – على من تجب نفقة الصغير:

الأصل أن نفقة الإنسان تجب في ماله، إذا كان له مال أو قادرا على الكسب لسد حاجاته. ولكن الصغير لصغر سنه وضعفه، وعدم اكتمال قدراته العقلية والبدنية يكون أصله مسؤولا عن الإنفاق عليه، وقد يمتد ذلك إلى باقي الأقارب في حالات معينة[3]:

• **الحنفية:** تجب نفقة الولد على وجه الانفراد على الأب فلا يشاركه أحد فيها لقوله تعالى: ﴿وعَلَىَ المَوْلوُدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ ﴾ وقد سمى الله تعالى الأم والدة والأب مولودا له. وتجب نفقة الولد الذكر على أبيه إذا كان الولد فقيرا لا مال له، ولم يبلغ الحلم، فإن بلغه ولم يكن به عاهة تمنعه من الكسب أنفق على نفسه، وإلا استمرت نفقته على أبيه. أما إذا كان طالب علم، فنفقته على أبيه ولو كبيرا.

وتجب نفقة الولد الأنثى على أبيها أيضا – صغيرة أو كبيرة – ولو كانت صحيحة البدن والعقل لأن الأنوثة في المذهب عجز بذاتها. ونفقة الأنثى الفقيرة وغير المتزوجة على أبيها حتى تتزوج، فإن طلقت أو مات زوجها عادت إليها نفقة أبيها[4]. وإذا لم يوجد الأب، وجبت النفقة

---

[1] سورة الإسراء، الآية 26.
[2] سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 150.
[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 511 وما بعدها
عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 173 وما بعدها.
[4] بدران ابو العينين بدران، المرجع السابق، ص 113.

للولد على جده – أبي الأب – وإذا كان الأب فقيرا وعاجزا عن الكسب، فنفقة أولاده على الجد أيضا.

أما إذا لم يكن له قريب، فالراجح قيام بيت المال بالإنفاق على الأولاد.

• **المالكية:** تجب نفقة الولد – ذكرا أو أنثى – على أبيه فقط، لقوله تعالى: ﴿ وعَلَىَ الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ ﴾. والمولود له هو الأب فقط، فلا تجب على الجد ولا على الأم.

وتجب نفقة الولد إذا كان فقيرا لا مال له، ولم يبلغ بعد عاقلا وقادرا على الكسب، أما إذا بلغ مجنونا أو ذا عاهة تمنعه من الكسب، فإن نفقته تستمر على أبيه. وتجب النفقة للأنثى على أبيها حتى يدخل بها زوجها، وإذا طلقها زوجها أو مات عنها قبل الدخول استمرت نفقتها على أبيها.

• **الشافعية:** تجب نفقة الولد على الأب إذا كان الولد صغيرا وفقيرا، وإذا كان بالغا فلا تجب له على أبيه إلا إذا كان مجنونا أو عاجزا عن الكسب. وإذا كان الصغير أنثى فنفقتها على أبيها إلى أن تتزوج بالعقد، فتصبح نفقتها على زوجها.

وإن لم يوجد الأب، فالنفقة على الجد – أبي الأب – لأن الجد يقوم مقامه ويسمى أبا، ولأن الأحفاد بمنزلة الأبناء الصلبيون. وإن لم يوجد الأب ولا الجد، فنفقة الولد على أمه لقوله تعالى: ﴿ ... لاَ تُضَارَ وَاَلِدَة بِوَلَدِهَا... ﴾ ولأنه إذا وجبت النفقة على الأب لولادة الولد منه من جهة الظاهر، فإن نفقته تجب على الأم لولادتها له يقينا.

• **الحنابلة:** تجب النفقة للولد على أبيه وجده – أبي أبيه – وإن علا، لعموم قوله تعالى: ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾[1]. فمن هذه الآية الكريمة يلحق الجد بالأب.

وتنفق الأم على ولدها إذا لم يكن له أب، لأنها أحد والدي الصغير. وتجب النفقة على الأب بشرط أن يكون الولد فقيرا وأن يكون الأب أو من تجب عليه النفقة له مال ينفق منه زائدا على نفقته. وتستمر نفقة الأنثى على أبيها إلى أن تتزوج وتجب نفقتها مطلقا إذا كانت فقيرة والمنفق القريب موسرا[2].

<u>الفرع الثاني – في القانون الجزائري</u>

عرّفت المادة 78 من قانون الأسرة، النفقة بعناصرها أو مشتملاتها وليس بماهيتها: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف

---

[1] سورة الحج، الآية 78.

[2] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 115.

والعادة". وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما أخذ في الحسبان العرف والعادة، ذلك أن الظروف الاجتماعية تتغير باستمرار حسب الزمان والمكان.

أولا – المنفقون على الولد من الأقارب:

تعود أسباب وجوب النفقة على الولد – ذكرا أو أنثى – في القانون الجزائري إلى سببين رئيسيين هما: الزواج والبنوة أي القرابة[1]. وتجب نفقته على الأب والأم، وباقي الأقارب حسب القدرة والاحتياج ودرجة الإرث.

أ. نفقة الأب: يكون المنفق على الولد بصورة رئيسية هو الأب بصفته رب الأسرة، دون تمييز بين الولد الذكر والولد الأنثى. ويبقى الأب مسؤولا عن ولده حتى بعد إسناد حضانته لأمه أو لغيرها بعد الطلاق.

وتكون النفقة في الأصل للأولاد الشرعيين فقط دون الأولاد الناتجين من علاقة الزنا أو التبني، مع مراعاة الحكم الوارد في المادة **116 من قانون الأسرة**، بخصوص كفالة الأولاد[2] إذا يعتبر الولد المكفول في حكم الولد الشرعي فيما يخص نفقته[3].

ويجب على الأب الإنفاق على ولده حسب **المادة 75 من قانون الأسرة** إذا لم يكن للولد مال، مع استمرار نفقته إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، واستمرار نفقته على الأنثى إلى غاية زواجها بالدخول بها، تطبيقا للمذهب المالكي لتنتقل بعدها نفقتها من أبيها إلى زوجها.

وتستمر نفقة الأب على الولد الصغير والعاجز عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية، أو بسبب متابعة الدراسة. وتسقط عنه إذا أصبح للولد مال يكتسبه من عمله أو حرفته، أو كان له مورد رزق مرصود لحسابه الخاص من تبرعات وغيرها[4]، مع استمرارها بالنسبة للأنثى إلى غاية الدخول بها.

وتجدر الإشارة إلى أن حكم المادة 75 من قانون الأسرة لم يفرق بين نفقة الولد في حال قيام الرابطة الزوجية بين أبويه، ونفقته في حال انحلالها، مما يستدعي تطبيق المادة بخصوص نفقة الأولاد في الحالتين.

---

[1] تنص المادة 33 من القانتون المدني الجزائري:

"القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.

وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أني يكون أحدهم فرعا للآخر".

[2] تنص المادة 116 من قانون الأسرة: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

[3] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 186.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ـــ المرجع السابق، ص 225.

ب. نفقة الأم: إذا أصبح فقيرا وعاجزا عن الكسب، فإن واجب الإنفاق على الولد الصغير الذي ليس له مال ينتقل من الأب إلى الأم حسب نص **المادة 76 من قانون الأسرة:** "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

ويلاحظ استعمال المشرع الجزائري لفظ "عجز" في المادة، واللفظ يشمل الفقر وعدم العمل والمرض (عقلي أو بدني). وتصبح الأم ملزمة بالإنفاق على أولادها سواء بصفة مؤقتة أو بصفة مستمرة بشرط أن تكون ذات مال من عمل أو تجارة أو غيرها[1].

ويلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية الذي يجيز للأم الإنفاق على أولادها، خلافا للمذاهب الأخرى.

ج. نفقة باقي الأقارب: جاء في المادة 77 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث" ويستخلص من المادة إلزام الأصول، أي الأب والأم والجد والجدة وإن علوا بالإنفاق على الفروع – ذكورا وإناثا – وإن نزلوا، مع إلزام الفروع أيضا بالإنفاق على أصولهم بشروط معينة، وحسب قدرة المكلف بالإنفاق، وحاجات مستحق النفقة. ومن أهم الشروط التي ذكرتها المادة السابقة ضرورة أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليه، وفي هذا الحكم أخذ المشرع الجزائري بما يأخذ به الشافعية والحنابلة من حيث تمديد النفقة الواجبة لتشمل كل الأصول وكل الفروع حسب درجة الإرث[2].وتجدر الإشارة في الأخير إلى إقرار القضاء الجزائري للنفقة بين الأقارب وخصوصا الجد باعتباره أصلا لحفيده، ونذكر في هذا الصدد قرارين للمحكمة العليا، الأول بتاريخ 21 أفريل 1998: "... ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة. فإن القضاة بقضائهم طبقوا صحيح القانون..."[3].

أما القرار الثاني بتاريخ 21 فيفري 2001 فقد رفض إنفاق الجد على الولد لعدم تحقق الشروط الواردة في المادة 77 من قانون الأسرة: "لكن حيث أن القرار المطعون فيه على ما هو ظاهر من الحيثيات قد استند في فرض النفقة على الجد للأب إلى ما توجبه المادة 77 من قانون

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ـ المرجع السابق، ص 225.
الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 186.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 226.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 1998/04/21/ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 02، سنة 2001، ص 192.

الأسرة دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفيه طالما أن نفقة الأصول على الفروع تفرض حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث... فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[1].

ثانيا – دور الدولة في الإنفاق على الولد:

قبل أن يكون للدولة حقوقا على مواطنيها، تُلْزَم بتوفير الظروف الكفيلة بتكوين مواطنين صالحين وعلى رأسهم أطفال أسوياء. ومن أبرز أدوارها – على غرار بيت المال في الشريعة الإسلامية – الإنفاق على من ليس له قريب ينفق عليه، أو المساهمة في الإنفاق على المعوزين والعجزة وعلى أبناء العاملين في قطاعاتها المختلفة.

أ. بموجب نصوص الضمان الاجتماعي: ونقصد بها النصوص الخاصة بتنظيم الآداءات ذات الطابع العائلي التي كرسها المشرع الجزائري تكملة للأجر الممنوح للوالدين العاملين لمساعدتهم على تلبية احتياجات الأبناء، وبالتالي المساهمة في الإنفاق عليهم[2].

واعتبرت نصوص الضمان الاجتماعي على اختلاف مجالاتها[3]، الأبناء أو الأطفال من ذوي الحقوق الذين ورد ذكرهم على سبيل الحصر في المادة 67 من الأمر رقم 96-17 المعدل والمتمم لقانون التأمينات الاجتماعية رقم 83-11 وهم على التوالي:

- زوج المؤمن له.
- الأولاد المكفولون البالغون أقل من 18 سنة حسب مفهوم التنظيم المتعلق بالضمان الاجتماعي.
- الأولاد البالغون أقل من 25 سنة والذين أبرم بشأنهم عقد تمهين يمنحهم أجرا يقل عن نصف الأجر الوطني الأدنى المضمون.
- الأولاد البالغون أقل من 21 سنة والذين يواصلون دراستهم، وفي حالة ما إذا بدأ العلاج الطبي قبل سن 21، لا يعتد بشرط السن قبل نهاية العلاج.
- الأولاد المكفولون والحواشي من الدرجة الثالثة المكفولون من الإناث بدون دخل، مهما كان سنهم.

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 2001/02/21، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2004، ص 337.

[2] Le régime algérien de sécurité sociale, sur le site : www.cleiss.fr

[3] القانون رقم 83-11 الصادر في 2 جويلية 1983 المتضمن التأمينات الاجتماعية. المعدل والمتمم بالأمر 96-17 الصادر في 6 جويلية 1996، ج.ر عدد 42، المواد: 9 – 28 – 30 – 47 – 49 – 51 – 72.

– القانون رقم 83-12 الصادر في 2 جويلية 1983 المتعلق بالتقاعد، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-18 الصادر في 6 جويلية 1996، ج.ر عدد 42، المواد: 4 – 5 – 8 – 30 – 31 – 33 – 34 – 37 – 40 – 41 – 42 – 48.

– القانون رقم 83-13 الصادر في 2 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-16 الصادر في 6 جويلية 1996، ج.ر عدد 42، الموارد : 4 – 53 – 54 – 55 – 56 – 57 – 76.

- الأولاد مهما كان سنهم، الذين يتعذر عليهم ممارسة أي نشاط مأجور بسبب عاهة أو مرض مزمن. ويحتفظ بصفة ذوي الحقوق الأولاد المستوفون شروط السن المطلوبة الذين تحتم عليهم التوقف عن التمهين أو الدراسة بحكم حالتهم الصحية.

والملفت للانتباه أن القضاء الجزائري في مسألة المستفيد من ريع حادث عمل أدى إلى وفاة الأب العامل، قد اعتبر الجنين من ذوي حقوق الأب المتوفى ويستحق التعويض عن وفاة والده، استنادا إلى حقه في التملك قبل الولادة وتحقق شرط حياته بعدها، في قرار المحكمة العليا الصادر في 10 أكتوبر 1984 جاء فيه: "من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب، خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا.

ومتى تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحظى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفض الطلب... يكون قد أنكر حقا مكتسبا أقره القانون..."[1].

ولكن محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 10 ديسمبر 1985 كانت أوضح بخصوص حق الجنين في التأمين على وفاة والده[2].

وتبقى كل هذه الأداءات على سبيل المساعدة فقط، إذ لا يمكنها أن تغني عن النفقة الأصلية المقررة للأولاد والواجبة على الأب وغيره من الأقارب. وهذا ما أكده أيضا قضاة المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 17 فيفري 1998: "من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب.

ومتى ثبت – في قضية الحال – أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة، لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته، طبقوا صحيح القانون"[3].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 10 أكتوبر 1984، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 53.

[2] « La détermination des enfants à charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt, étant observé que la majoration du capital-décès, lorsqu'il existe des enfants à charge, est destinée à faciliter l'entretien de ces enfants. Qu'en statuant comme elle l'a fait, en écartant, pour le calcul de la majoration du capital-décès, les enfants simplement conçus et qui, en l'espèce, sont nés viables, la cour d'appel a violé la règle et le texte susvisé ;… ».

- Cour de cassation.ch. civile 1, arrêt du 10 décembre 1985, www.legifrance.gouv.fr.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 17 فيفري 1998، المجلة القضائية، سنة 2001، ص 198.

<u>ب. بموجب حكم قضائي:</u> تعتبر النفقة دينا في ذمة الأب لأنه يقع عليه واجب الإنفاق على عياله. وتطبيقا للقاعدة: (الدين مطلوب وليس محمول)، يلجأ طالب النفقة إلى استيفاء هذا الحق عن طريق القضاء الذي يصدر أحكامه وقراراته باسم الدولة الجزائرية.

ويبرز دور القاضي في إجبار من تجب عليه النفقة في عدة أحوال. فإذا امتنع من يقع عليه واجب النفقة من أدائها بطريق ودي، تعين اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم يأمره بدفعها[1].

وقد اعتبر المشرع الجزائري الامتناع عن دفع النفقة المقررة للأبناء جريمة معاقب عليها في المادة **331 من قانون العقوبات**. ويكفي لرفع الدعوى دفع نفقة الطفل لمدة تتجاوز الشهرين[2]. كما يجب دفع مبلغ النفقة المحكوم به كاملا لأن الوفاء الجزئي لا يعتد به، إضافة إلى أن عدم دفعها يظل جريمة مستمرة لا تخضع لقواعد التقادم[3].

وللقاضي وحده سلطة تقدير النفقة المستحقة للطفل المحضون، إذ ليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا، كما أنه ليس للأب تحديد المبلغ بنفسه، وإذا كان له أن يدفع أكثر من المبلغ المحدد قضاء في حالة يسره الشديد[4].

ويراعي القاضي في تقديره لمبلغ النفقة جملة من المعايير ذكرتها المادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم" مع العلم أنه عند المراجعة يعتمد على نفس المعايير التي اعتمد عليها أول مرة في تقدير النفقة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 23 أفريل 1996:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم. ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة، تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة"[5].

وفي حالة الحكم بدفع النفقة، يطبق القاضي القاعدة العامة الواردة في **المادة 80 من قانون الأسرة** والتي مفادها الحكم للزوجة والأولاد بالنفقة بعد رفع الدعوى أي في الفترة الممتدة من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم.

---

[1] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 191.

(G) Benmelha, op. cit, p. 314.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، بتاريخ 16 نوفمبر 1999، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2000، ص 227.

[3] قرار المحكمة العليا، بتاريخ 17 نوفمبر 1998، نقلا عن قانون العقوبات، مطبعة Berti، طبعة 2001، ص 210.

[4] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص 189.

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 23 أفريل 1996، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1997، ص 89.

ولا يجوز الحكم بالنفقة قبل رفع الدعوى أو بعد صدور الحكم إلا في حالة الحكم بالطلاق، وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة. وللقاضي في هذه الحالة الحكم بنفقة مستقبلية للأولاد أو بنفقة مؤقتة بموجب حكم تمهيدي أثناء السير في إجراءات الدعوى، ثم يفصل فيها بصورة نهائية عند الحكم في موضوع النزاع.

ولكن المادة 80 من قانون الأسرة تورد استثناء آخر، هو جواز الحكم بالنفقة المتراكمة لشهور سابقة إذا طلبتها الزوجة، وذلك عن مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى بالنفقة[1].ولحكم القاضي دورا لا يستهان به في تحديد نفقة المسكن، إذ تنص المادة 72 من قانون الأسرة بأنه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

ويذهب القضاء الجزائري إلى إقرار أكثر من ذلك بالنسبة لحق الطفل في نفقة المسكن، إذ اعتبر السكن حقا للمحضون ولو كان المحضون وحيدا[2]، كما يكون توفير السكن أو دفع بدل الإيجار حقا للمحضون ولو كان للحضانة سكن[3]، ولا يسقط هذا الحق حتى وإن أقامت الحاضنة عند أهلها[4]. أما بدل الإيجار فيعتبر بمثابة نفقة مسكن للمحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحاضنة[5].

<u>المطلب الثاني: الحق في الميراث</u>[6]

ترتب واقعة الوفاة أثرا قانونيا هو حق الإرث. بحيث تنتقل تركة الشخص المتوفى إلى ورثته كل بقدر نصيبه في التركة. كما تعتبر واقعة الولادة أو رابطة النسب سببا من أسباب الميراث

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 229.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 2002/03/13، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص 274.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 2002/03/01، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص 285.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 2004/05/08، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص 279.

[5] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 2005/06/15، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2005، ص 315.

[6] الميراث لغة: الإرث. ورث فلان المال منه وعنه: يرثه ورثا ووراثة: صار إليه ماله بعد موته.

- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 3، ص 416.

اصطلاحا: خلافة المنتمي إلى الميت بنسب أو بسبب في ماله وحقه القابل للخلافة.

أو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا، أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية.

- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 11، ص 240.
- العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 10.

عبّر عنه الشرع والقانون بالقرابة[1]. وسيتبين أن حق الطفل في الميراث شرعا (الفرع الأول) أخذ به المشرع الجزائري بالنسبة للمولود وفق الأنصبة والأحكام الشرعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

منح الإسلام الطفل حق الملكية وحقوق مادية أخرى تتفرع عنه، وعامل الطفل فيها بنفس معاملة الراشدين المكلفين، أي بدون تمييز بين الصغير والكبير[2]. ومن أهم حقوق الطفل المالية حقه في الميراث، ونصيبه فيه يتبع أحوال الميراث قبل الولادة وبعدها.

أولا – ميراث الولد الشرعي

أجمع المسلمون على أن ميراث الأولاد من والدهم ووالدتهم، إن كانوا ذكورا وإناثا معا يكون حسب القاعدة الشرعية (للذكر منهم حظ الأنثيين)، وأن الابن الواحد إذا انفرد فله جميع المال، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن لها النصف، وإن كن ثلاثا فما فوق، فلهن الثلثان[3].

1. ميراث ابن الصلب:

الابن وهو الفرع عصبة لأبيه الأصل. والعصبة هو الوارث بغير تقدير، وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر، وإن انفرد أخذ المال كله، وإن استغرقت الفروض المال سقط. والابن كل ذكر من الأقارب ليس بينه وبين المتوفى أنثى أي: الابن وابنه، والأب وأبوه، والأخ وابنه إلا من الأم، والعم وابنه كذلك، وأقرب هؤلاء الابن ثم ابنه وإن نزل[4].

وتجدر الإشارة إلى اختلاف أقوال المفسرين في قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ ﴾[5]. فإذا كانت الآية تبين فرض الأولاد الإناث إذا لم يكن معهن ذكر، وأخذ الأولاد باقي التركة بعد أنصبة أصحاب الفروض: للذكر ضعف الأنثى. فإن الإمام (القرطبي) اعتبر الولد، جنينا ومولودا، قريبا أو بعيدا، ذكرا أو أنثى. واعتبر الإمام (الجصاص) بأن اسم الولد يتناول أولاد الابن كما يتناول أولاد الصلب، وأن ابن الابن لا يأخذ من التركة شيئا مع

---

[1] القرابة هي كل صلة سببها الولادة أو رابطة النسب التي تربط الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه المتفرعة عن أصله. ويشمل ذلك الأنواع الثلاثة من الوراثة بالقرابة وهم: أصحاب الفروض النسبية، والعصبة النسبية، وذوو الأرحام.

– سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 254.

[2] عبد الحق منصوري، المرجع السابق، ص 254.

[3] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، المجلد 05، ص 404.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 11، ص 318.

سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 266.

[5] سورة النساء، الآية 11.

وجود الابن ولا يشاركه عند وجوده، وأن نصيب الابن العصبة يقسم بالسوية على الأبناء العصبة عند مشاركتهم له[1].

ويبقى الابن عاصبا بنفسه ليس له فرض مقدر من الميراث، وإنما يأخذ من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم[2]، لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: « ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر »[3].

2. ميراث البنت الصلبية:

البنت الصلبية هي كل أنثى يكون للمتوفى عليها ولادة مباشرة. ويختلف ميراث البنت الواحدة عن بنتين أو أكثر. والدليل على ميراثها قوله – عز وجل – : ﴿ ...فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ... ﴾[4].

وعليه، تكون حالات ميراث البنت الصلبية ثلاث:[5]

الحالة 1 : ترث البنت الواحدة النصف بطريق الفرض، إذا لم يكن معها ابن أو أبناء للمتوفى.

الحالة 2 : ترث البنتين فأكثر الثلثين بالسوية فرضا إذا لم يكن معهن ابن أو أبناء للمتوفى.

الحالة 3 : ترث واحدة أو أكثر بطريق التعصيب إذا كان معهن ابن أو أبناء للمتوفى، فيأخذ الابن مثل نصيب البنتين.

وإذا كانت الآية الكريمة قد بينت نصيب البنت الواحدة، ونصيب البنات إذا كن أكثر من اثنين، إلا أنها لم تبين نصيب البنتين وحدهما. وفي ذلك اختلف علماء الفرائض: هل تلحقان بالبنت الواحدة أو بالثلاث وأكثر ؟[6]

روي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – أنه كان يلحقهما بالبنت الواحدة أخذا، بظاهر قوله تعالى: ﴿ ...فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ... ﴾.

وذهب غيره من الصحابة إلى إعطائهما الثلثين، وهذا ما عليه أئمة المذاهب الفقهية، لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ ﴾[1]، ولقوله تعالى: ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ

---

[1] سعاد إبرهيم صالح، المرجع السابق، ص 266 وما بعدها.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 11، ص 316.

[3] صحيح البخاري، رقم 6732، 6735، 6737، 3746.
شرح النووي على مسلم، حديث رقم 1615.

[4] سورة النساء، الآية 11.

[5] سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 267.

[6] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، المجلد 05، ص 404.
عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 278.
سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 267 وما بعدها.

قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلاَلَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُواْ إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاء فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّواْ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾[2].

كما ثبت بالسنة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أعطى البنتين الثلثين.

فعن جابر قال: (جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان إلا بمال. فقال: يقضي الله في ذلك. فنزلت آية المواريث. فأرسل رسول الله – صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهم الثمن وما بقي فهو لك)[3].

<u>ثانيا – ميراث ولد الزنى وولد اللعان</u>

يتردد الأمر بشأنهما بين ثبوت النسب وعدمه، وفي ذلك تأثير على حقهما في الميراث[4].

وولد الزنى هو الولد الذي ينشأ عن علاقة غير شرعية بين رجل امرأة، فلا يثبت نسبه من الرجل الذي تكون من مائه، حتى ولو أقر بأنه ولده من الزنى[5].

ولد الزنى لا يرث أحد من جهة الأبوة، وقرابته محصورة فقط في أمه وقرابتها لأن نسبه من أمة ثابت ونسبه من الأب منفي، فلا ميراث له من أبيه لانعدام سبب الميراث. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : « أيما رجل عاهر بحرة أو أمة، فالولد ولد الزنى لا يرث ولا يورث »[6].

وقد جاء في حديث المتلاعنين الذي يرويه سهل بن سعد: (... وكانت حاملا، وكان ابنها ينسب إلى أمه فجرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض لها.)[7]

---

[1] سورة النساء، الآية 11.

[2] سورة النساء، الآية 176.

[3] جامع الترمذي، حديث رقم 2092.

سنن أبي داود، حديث رقم 2891.

[4] عبد العزيز بن محمد الزيد، المرجع السابق، ص 157.

[5] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 11، ص 403.

[6] جامع الترمذي، حديث رقم 2113.

[7] شرح النووي على مسلم، رقم 1492.

سنن أبي داود، حديث رقم 2907.

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

يعتبر نظام المواريث في القانون الجزائري نظاما ماليا مستمدا من الشريعة الإسلامية برمته. ويتفق القانون والقضاء بشأن تعريف الميراث: "من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته"[1].

ولا جدال في استحقاق الطفل نصيبه من الميراث وفق الأحكام الشرعية في القانون الجزائري.

أولا – موقفه من ميراث الولد الشرعي

يتبع المشرع الجزائري في باب الميراث، القواعد الشرعية لحل مسائله وتوزيع الأنصبة على مستحقيه الذكور والإناث، مصداقا لقوله عز وجل: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾[2].

وتجدر الإشارة إلى أن ميراث الأولاد – ذكورا وإناثا – في القانون الجزائري يتبع ما قررته الشريعة الإسلامية بشأنهم، لأن الإسلام دين الدولة الجزائرية[3]، ونظام المواريث نظام إسلامي محض، لا يتدخل فيه إلا علماء الفرائض لتحديد الأنصبة المستحقة للورثة، بعد تحقق شروط الميراث ومراعاة كل الضوابط الشرعية المقررة في هذا المجال.

ويلاحظ أن الأولاد – ذكورا وإناثا – متواجدون في أغلب مسائل الميراث على اختلاف المستحقين للتركة (أصحاب الفروض، العصبة، ذوي الأرحام، مسائل الحجب... وغيرها)، لأجل ذلك لا يمكن استعراض كل الأحوال التي يكون فيها الولد مستحقا في الإرث لأنها كثيرة ومتنوعة.

ولكننا نشير إلى أن المشرع الجزائري قد قنن أغلب مسائل الميراث في قانون الأسرة[4]، ولا تخلو المسائل المشهورة في الميراث من تحديد أنصبة الأولاد تبعا لكل مسألة كما جاء في قانون الأسرة الجزائري أيضا[5]. وعليه، تفاديا التفصيل في جميع الحالات، اكتفينا بخصوص حق

---

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 14 أفريل 1982، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1989، ص 55.

[2] سورة النساء، الآية 11.

[3] تنص المادة 02 من دستور 1996 الجزائري: "الإسلام دين الدولة".

[4] أنظر قانون الأسرة الجزائري من المادة 139 إلى المادة 172 منه.

[5] المسائل الخاصة في الميراث التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

- مسألة الأكدرية والغراء: المادة 175 من قانون الأسرة.
- مسألة المشتركة: المادة 176 من قانون الأسرة.
- مسألة الغراوين: المادة 177 من قانون الأسرة.
- مسألة المباهلة: المادة 178 من قانون الأسرة.
- مسألة المنبرية: المادة 179 من قانون الأسرة

الطفل في الميراث بذكر ميراث الولد الصلب – الذكر والأنثى – باعتباره الفرع المباشر لأصله، من الناحية الشرعية، وإعادته في هذا الجزء تكرار للأحكام المذكورة آنفا أي تحصيل حاصل.

ثانيا – ميراث ولد الزنا وولد اللعان:

تنص المادة 138 من قانون الأسرة: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

وعليه يمنع ولد اللعان من ميراث أبيه لعدم تحقق سبب الميراث وهو القرابة[1].

أما ولد الزنى، فقد اشترط المشرع الجزائري ثبوت النسب الشرعي كسبب للتوارث الصحيح[2].

وعليه، فإن ولد الزنى لا يرث من أبيه وأقاربه ولا يرثونه، ويرث من أمه وقرابتها فقط[3].

المطلب الثالث: أجرتي الحضانة والرضاع

لما كانت الحضانة تعني خدمة الطفل والقيام بشؤونه، كانت عملا مشروعا يمكن تقويمه بمال، وسمي ذلك العوض بأجرة الحضانة. ولما كان الإرضاع حقا للطفل باعتباره غذاء ضروريا له في أولى مراحل حياته، صار بعد انحلال الرابطة الزوجية أو باستئجار مرضع أجنبية لتغذيته، عملا يستحق أجرة نظير القيام به. وللشريعة الإسلامية سبق التفصيل في الأجرتين (الفرع الأول)، بينما سجل الباحث فراغا تشريعيا في هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

تستحق الأم وغيرها أجرة الحضانة، وأجرة الرضاع في حالات معينة ضبطها الفقه الإسلامي الذي اعتبر الحضانة والإرضاع من الأعمال التي يستحق عليها الأجر مادام كل عمل يقابله أجر.

أولا – أجرة الحضانة

يقر الفقه الإسلامي باستحقاق الحاضنة – أما أو غيرها – أجرة على حضانتها، باعتبارها خدمة تجاه الطفل. وتجب للحاضنة الأم الأجرة، إن لم تكن الزوجية قائمة أو لم تكن معتدة من طلاق رجعي من أبي المحضون، بخلاف ما إذا كانت الزوجية قائمة أو العدة فإنها لا تستحقها لأن النفقة ثابتة بقيام الزوجية حقيقة أو حكما، فلا يجوز أن تأخذ نفقتين من شخص واحد[4].

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 214.
عطاء الله فيشار، المرجع السابق، ص 217.

[2] أنظر المواد 40 إلى 44 من قانون الأسرة.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 213.

[4] محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص 131.

وأما إذا كانت الحاضنة غير الأم فإنها تستحق أجرة الحضانة من تاريخ قيامها بالعمل لأنها تقوم به لصالح أب الصغير إذ ترعى صغيره وتحفظه[1].

ويُجمع الفقه الإسلامي على أن أجرة الحضانة تستحق من مال الولد المحضون إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، فمن ماله أبيه أو من تلزمه نفقته. وتصير أجرة الحضانة حقا لمن يقوم بها بمجرد القيام بذلك، وتصبح دينا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[2].

وأما عن تفصيل المذاهب الفقهية في استحقاق أجرة الحضانة، فنتناوله في الآتي:[3]

الحنفية: أجرة الحضانة ثابتة للحاضنة، سواء كانت أما أو غيرها. وتستحق الأم الحاضنة أجرة عن حضانة ولدها إذا لم تكن متزوجة أو معتدة لأبي ولدها المحضون. والسبب أنه في حال قيام الزوجة وحال العدة تكون نفقتها واجبة على زوجها لاستمرار الرابطة الزوجية.

وأجرة الحضانة في المذهب مستقلة عن أجرتي الرضاع والنفقة، وعليه يحق للطفل المحضون ثلاثة: أجرة الحضانة، أجرة الرضاع، والنفقة.

وإذا لم يكن للحاضنة مسكن تحضن فيه الولد، وجب لها أجرة المسكن، ويعتبر هذا جزء من أجرة الحضانة، وإن كان لها مسكن تحضن فيه الولد فلا تستحق أجرته. كما تجب لها أجرة خادم أو تقديم خادم لها إن احتاج المحضون لذلك.

المالكية: لا تستحق الحاضنة – أما أو غيرها – أجرة على الحضانة، فللولد المحضون على أبيه النفقة بأنواعها، ويخضع تقديرها إلى اجتهاد القاضي. وإذا كانت الأم الحاضنة فقيرة، ولولدها المحضون مال، فإنه ينفق عليها من ماله لفقرها لا لحضانتها له. ويبقى للولد المحضون على أبيه النفقة بأنواعها، والحاضنة تقبضها منه لتنفقها على الولد. وأما عن تقدير أجرة المسكن، فيعود ذلك إلى تقدير القاضي.

الشافعية: تستحق الأم وغيرها أجرة الحضانة. وتختلف هذه الأجرة عن أجرة الرضاع، بدليل أنه إذا كانت الأم مرضعة وحاضنة فلها الأجرتين. وإذا كان للولد مال فالأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته. وإن احتاج المحضون – ذكرا أو أنثى – إلى خادم، فعلى الوالد توفير ذلك أو دفع أجرة الخادم.

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 114.

[2] مريم أحمد الداغستاني، المرجع السابق، ص 301.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 527 وما بعدها.
عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 57 وما بعدها.
ممدوح عزمي، المرجع، ص 39 وما بعدها.

الحنابلة: تستحق الأم الحاضنة أجرة الحضانة حال قيام الزوجية وبعدها. والأم أحق بحضانة ولدها، ولو وُجدت متبرعة تحضنه مجانا.

وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزمها ذلك بالعقد، وإن ذكر العقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعا، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع.

والخلاصة أن أجرة الحضانة ليست أجرة محضة، وإنما هي أجرة فيها معنى المؤونة والمساعدة لأن الحاضنة تحبس نفسها لأجل الصغير، والأجر يكون نظير العمل أو الخدمة التي تؤديها بعد انتهاء الزوجية بالنسبة للزوجة الأم أو بعد استئجارها أو تبرعها بذلك بالنسبة للأجنبية عن الصغير[1].

وتبقى الخدمة وأجرها لمصلحة الطفل المحضون، إذ عمل الشرع على إيجاد كل السبل لرعايته وحسن تربيته مع ضمان توفير حاجياته من خلال هذا الحق المالي الذي يكون حقا للحاضنة من جهة، وحقا للمحضون من جهة أخرى.

ثانيا – أجرة الرضاع

الإرضاع حق للطفل ولهذا الحق اتصال بالنفقة التي هي حق للطفل أيضا على أبيه، مادام قد نسب إليه. ويجب الرضاع أصلا على الأم لقوله – عز وجل –: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ﴾[2]. وأما استحقاقها لأجرة الرضاع فشرطه ألا تكون زوجة حقيقة أو حكما، إذ تجب لها الأجرة فقط، إذا كانت أجنبية عن أبي الولد. وبذلك أخذ الفقه الإسلامي مع بعض التفاوت في الآراء بشأن قيام الزوجية وعدمها.

1. أجرة الرضاع عند قيام الزوجية:

لا تستحق الأم أجرة الرضاع لأن الزوج مكلف أصلا بالإنفاق عليها في حال قيام الرابطة الزوجية وفي حال العدة من الطلاق الرجعي لأنها في حكم المتزوجة، لقوله – عز وجل:
﴿ ...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... ﴾[3]. وللفقه الإسلامي اجتهاد نستعرضه في الآتي:[4]

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 113.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 485 وما بعدها.

سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

الحنفية: يعتبر الرضاع واجبا على الأم ومؤونته واجبة على الأب في حال قيام الرابطة الزوجية وفي العدة من طلاق رجعي. والسبب أن إرضاع الولد واجب عليها ديانة ولا أجرة على القيام بما هو واجب ديانة في المذهب.

المالكية: إذا كانت الزوجية قائمة أو العدة من طلاق رجعي، تجبر الأم على إرضاع ولدها بالمجان، أي أنها لا تستحق .أجرة الرضاع مادامت زوجة حقيقة أو حكما. ولكنها عند المالكية تستحق الأجرة إذا كانت من أشراف القوم، فإن أرضعت فلها الأجرة في مال الولد إن كان له مال، وإلا فالأجرة على الأب.

وإذا وجب على الأم إرضاع الولد، وثبت فقر الأب أو موته ولم يكن للولد مال، فعلى الأم إرضاع طفلها مجانا، فإن لم تستطع، عليها استئجار مرضع من مالها دون أن ترجع بذلك على الأب أو الولد.

الشافعية: للمذهب في أجرة رضاع الولد عند قيام الزوجية قولين:

الأول: إذا رضيت الزوجة بإرضاع ولدها ولم تطلب أجرا فلها ذلك. ويجيز لها البعض الزيادة في النفقة بسبب الإرضاع، والبعض الآخر لا يجيزها.

الثاني: إذا رضيت بإرضاع ولدها وطلبت أجرا، فالمذهب على رأيين، فريق لا يجيز استئجار الأم الإرضاع، وفريق يجيز ذلك لأن الإرضاع من الأعمال التي تقوم بها الزوجة فتستحق عليها أجرا، وهذا في الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

الحنابلة: إذا طلبت الأم إرضاع ولدها بأجر مثلها فهي أحق به سواء كان ذلك أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها، بأن أصبحت أجنبية عن الزوج، لأن الإرضاع بالأجر عندهم عقد إجارة يجوز للزوجة أن تباشره مع غير الزوج إذا رضي هذا الأخير بذلك، فجاز مع الزوج أيضا.

2. أجرة الرضاع عند عدم قيام الزوجية:

إذا قامت الأم بواجب الرضاع بعد انتهاء الرابطة الزوجية وانقضاء العدة، أو أثناء عدة الوفاة، استحقت أجرة على ذلك باتفاق الفقهاء، لقول الله تعالى: ﴿ ...وَإِن كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ...﴾[1].

وفيما يلي أقوال الفقهاء بشأن أجرة الرضاع:[2]

---

[1] سورة الطلاق، الآية 06.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 489 وما بعدها.

سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

الحنفية: يجوز استئجار أم الولد لإرضاعه إذا زالت الرابطة الزوجية وصارت الأم كالأجنبية. وإذا جاء الأب بغيرها لإرضاع الولد، ولكن أمه رغبت في إرضاعه بأجر أو بأجر المثل، فتكون أحق به من غيرها. وفي رواية في المذهب، أنه إذا رضيت المرضع الأجنبية بإرضاع الولد مجانا أو بدون أجرة المثل والأم طلبت أجرة المثل، فالأجنبية أحق بإرضاعه لقوله تعالى: ﴿ ...وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾[1].

المالكية: يكون من حق المطلقة طلاقا بأننا على غرار المتزوجة والمنتسبة إلى علية القوم أو المعتدة من طلاق رجعي، أجرة المثل إن أرضعت ولدها. وإذا وجدت مرضع متبرعة أو بأجرة وقبلت الأم إرضاع ولدها بأجرة المثل، فالأم أحق من غيرها.

الشافعية: المذهب في الخيار بين أم الولد والمرضع الأجنبية على قولين.

الأول: تكون الأم أحق من غيرها بإرضاع ولدها إذا طلبت أجر المثل لإرضاعه. وإن طلبت الأم أكثر من ذلك، فللأب القبول أو الرفض، إذ له أن يسترضع الأجنبية بأجر المثل أو بأقل منه، كما له أن يسترضعها مجانا إذا تبرعت بالرضاع.

الثاني: يجوز إرضاع الأم لولدها بأجر المثل عند وجود المتبرعة، أو بأكثر منه مع وجود الأجنبية المرضع بأجر المثل، لأن الأم الحقيقية أحن على ولدها من الغير.

الحنابلة: تكون الأم أحق بإرضاع ولدها إذا طلبت أجرة مثلها ووجدت متبرعة بالرضاع لعموم قوله تعالى: ﴿ ... فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ...﴾[2]. أما إذا طلبت أكثر من أجرة مثلها، فيجوز للأب القبول بمرضع متبرعة أو مرضع أجنبية بأجر المثل، إلا إذا طلبت الأم أكثر من أجر المثل ووجد من ترضع الطفل بأكثر من أجر المثل، فأمه أحق بإرضاعه من غيرها.

ونشير في الأخير، إلى أن الفقهاء يجمعون على أن أجرة الرضاع في مال الولد إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فأجرة رضاعه على من تجب عليه نفقته سواء كان الأب أو الوارث، لقوله – عز وجل – : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ...﴾[3].

محمد مصطفى، شلبي، المرجع السابق، ص 725 وما بعدها.

[1] سورة الطلاق، الآية 06.

[2] سورة الطلاق، الآية 06.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

ويلاحظ أن (الوارث) في كتب التفاسير، قد تأرجح معناه بين وارث الولد ووارث المولود له أي الأب[1].

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

لا تزال الشريعة الإسلامية تبرهن على حفظها لحقوق العباد – كبارا وصغارا – في كل زمان ومكان، وأنها صائبة في الأحكام وسباقة في إبداع الحلول وحول أجرتي الحضانة والرضاع، لم نعثر على نص تشريعي أو اجتهاد قضائي يدل على أخذ المشرع والقاضي الجزائريين بهما كحقوق مالية تستحقها المرأة نظير قيامها بها، والطفل نظير استفادته منها.

أولا – أجرة الحضانة

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أجرة الحضانة – بنص مستقل وصريح – في حال انتهاء العلاقة الزوجية، مما يؤدي بالقاضي أمام كل فراغ تشريعي إلى الاجتهاد في الحكم بعد استعراضه آراء المذاهب الفقهية الإسلامية بخصوص هذه الأجرة، أي في حالة ما إذا طلبت الحاضنة – أما أو غيرها – أجرة على حضانتها للطفل، وذلك حسب نص المادة **222 من قانون الأسرة**[2].

وأما بخصوص مسكن الحضانة أو أجرته، فإن المشرع الجزائري غير واضح في تكييفه القانوني له. أيعتبره عنصرا من عناصر النفقة حسبما جاء في **المادة 78 من قانون الأسرة**[3]، أم يعتبره حقا قائما بذاته، مستقلا عن تلك العناصر، كما نص عليه عند الحكم بالطلاق في المادة **72 ف 1 من قانون الأسرة**[4].

وعدم توضيح هذا الالتباس أدى ببعض الباحثين إلى التمييز بين مسكن الزوجية الذي يتقرر للزوجة بمقتضى عقد زواج صحيح شرعا وقانونا، ومسكن الحضانة التي يتقرر للمطلقة بوصفها حاضنة مكلفة برعاية الولد وحفظه خلال مدة حضانته[5].

ثانيا – أجرة الرضاع

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أجرة الرضاع أيضا في قانون الأسرة أو غيره.

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 9، ص 489 وما بعدها.

[2] تنص المادة 222 من قانون الأسرة: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.".

[3] تنص المادة 78 من قانون الأسرة: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

[4] تنص المادة 72 ف 1 من قانون الأسرة: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

[5] أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، سنة 2003، ص 138.

لذلك وتطبيقا للمبدأ العام الوارد في المادة **222 من نفس القانون**، على القاضي أن يجتهد لإصدار حكمه في دعوى مطالبة بأجرة الرضاع، مسترشدا برأي أحد المذاهب الفقهية الإسلامية التي فصلت في استحقاق الأم لأجرة الرضاع بعد انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أو طلاق بائن أو انتهاء عدة الطلاق الرجعي إن هي أرضعت طفلها داخل الحولين. أما إذا كانت المرضع غير الأم فإنها تستحق أجرة الرضاع كلما أرضعت طفلا، باعتبار ذلك عملا يقابله دفع أجرة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[1].

أما عن كيفية تقدير هذه الأجرة، فذلك خاضع أيضا للسلطة التقديرية للقاضي ما لم يتفق الطرفان على مقدارها. مع العلم بأن أجرة الرضاع هي مقابل الالتزام بعمل خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لتقدير مبلغ النفقة، إذ أن معايير تقدير هذه الأخيرة لا تصلح دائما لتقدير أجرة الرضاع، فلا يمكن مثلا اعتبار حال الزوجين كأساس، لأن المرضع قد لا تكون هي الزوجة[2].

وقياسا على أجرة الحضانة، فإن أجرة الرضاع يمكن التبرع بها، ويمكن أن تكون في مقابل الخلع مادام أن كل ما صح التزامه شرعا يصح التزامه قانونا وقضاء في التشريعات المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية[3].

المبحث الثاني: حقوقه الناتجة عن تصرفات قانونية

يعتبر التصرف القانوني عمل إرادي محض يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين. وقد يكون تصرفا بإرادة منفردة أي صادر من جانب واحد أو تصرفا صادرا من جانبين. ومن أمثلة الحقوق المالية للطفل الصادرة عن التصرفات القانونية، نتطرق إلى الحق في الوصية (المطلب الأول)، والحق في الهبة (المطلب الثاني)، والحق في الوقف (المطلب الثالث)، مع بيان موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من إقرارها للطفل.

المطلب الأول: الحق في الوصية[4]

---

[1] سورة الطلاق، الآية 06.

[2] نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2005 – 2006، ص 46.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 359 وما بعدها.

نبيلة بوشفرة، المرجع السابق، ص 46.

[4] الوصية لغة مفرد وصايا. وأوصى فلانا و أو صبي إليه، عهد إليه وجعله وصيا يتصرف في ماله وعياله بعد موته.

تعتبر الوصية نوعا من التصرفات الناقلة للملكية. والملكية فيها إنما تنقل بطريق الخلافة بإرادة الموصي نفسه، ولا تنتج أثرها إلا بعد وفاته. ولما كانت الوصية تصرفا لتمليك المال تمليكا مضافا إلى ما بعد موت الموصي، صحت للكبير والصغير شرعا (الفرع الأول)، وقانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

لقد استدل العلماء على مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع[1].

قال الله عز وجل: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[2]. وقال المصطفى – صل الله عليه وسلم – : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم »[3].

وأما الإجماع فقد أجمع الفقهاء على صحة الوصية في حدود الثلث، للكبير والصغير.

أولا – الوصية للصبي :

اتفق الفقه الإسلامي على أن وصية الصبي غير المميز باطلة، لأن عبارته ملغاة لا اعتبار لها، فلا يصح منه تصرف سواء أكان نافعا نفعا محضا، أم محتملا للضرر والنفع[4]. أما وصية الصبي المميز، فقد اختلف فيها الفقهاء على النحو الآتي:

الحنفية والشافعية في رواية: تعتبر وصية الصبي المميز باطلة، لأن الوصية تبرع، والتبرع منه لا يجوز، ولأن الوصايا شرعت على سبيل الاستثناء ليتدارك المكلف ما قد فاته في حياته من صلة رحم أو نحوه، ولا يتحقق ذلك في الصبي الذي يقبل على الحياة[5].

ووصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كأن الموصي اما أوصى بالمال وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

– ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 3، ص 393.

اصطلاحا: الحنفية: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء أكان في المنافع أم في الأعيان.

المالكية: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعدة.

الشافعية: تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت.

الحنابلة: الأمر بالتصرف بعد الموت.

– عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 3، ص 277.

– ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 374، هامش (1).

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 374، هامش (1).

[2] سورة البقرة، الآية 180.

[3] سنن ابن ماجة، حديث رقم 2709.

[4] محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1988، ص 64.

[5] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، المجلد 5، ص 375.

المالكية: يشترط في الموصي أن يكون مميزا، فلا تصح وصية المجنون والصغير والسكران إذا فقدوا التمييز وقت الإيصاء. وعليه فالبلوغ ليس بشرط عندهم، حتى أنه يجوز عندهم وصية السفيه سواء كان له قيم أو لم يكن له[1].

وفي رواية ثانية **للشافعية** تجوز وصية الصبي إذا كانت في وجه من وجوه البر، دون حاجة إلى إجازة ممثله الشرعي، وذلك لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، وبالتالي لن يلحق الصبي المميز منها ضرر في ماله[2].

الحنابلة: لم يشترطوا البلوغ، واكتفوا بالتمييز، فتصح عندهم وصية الصبي المميز كوصايا البالغين[3].

أما الوصية للصبي فجائزة وصحيحة شرعا، إذ يتفق الفقهاء على أن يكون الموصى له أهلا للتملك، فلا تصح الوصية لمن لا يملك كالحيوان.

ويكون الموصى له أهلا للتملك بنفسه إن كان مكلفا أو بوليه إن كان صبيا أو مجنونا أو نحوهما. وعليه، تصح الوصية للعاقل والمجنون والكبير والصغير حتى الجنين في بطن أمه[4].

ثانيا – المقدار الشرعي الوصية :

حدد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – مقدار الوصية بالثلث: « الثلث والثلث كثير »[5] وقال – صلى الله عليه وسلم – : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم »[6].

والثلث الذي تنفذ فيه الوصية هو ثلث المال الذي يتركه الوصي عند موته، وليس ثلث المال الذي كان عنده وقت إيجابه الوصية، لأن وقت الوفاة هو وقت لزوم الوصية وتنفيذها، ووقت تملك الموصى له للموصى به[7].

ومن المعلوم أن ثلث الوصية يكون بعد تجهيز الميت الموصي، وسداد ديونه إن وجدت، لا من ثلث جميع المال قبل ذلك، لأن الباقي هو ماله الذي كان له أن يتصرف في ثلثه بالوصية. وإذا

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 3، ص 282 وما بعدها.

[2] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002، ص 38 – 39.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 2، ص 327.

[4] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، المجلد 5، ص 384.

عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 3، ص 283 وما بعدها.

[5] متفق عليه.

[6] سنن ابن ماجة، حديث رقم 2709.

[7] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص 402.

كان الفقهاء قد اتفقوا على صحة الوصية بالثلث، إلا أنهم اختلفوا إذا زاد الموصى به على الثلث على النحو الآتي:[1]

1. إذا لم يكن للموصي وارث:

الحنفية: الوصية بأكثر من الثلث صحيحة ونافذة، إن لم يكن للموصي وارث، لأن المنع من نفاذ الوصية في الزائد عن الثلث إنما هو حق للورثة، وعندما لم يوجد وارث، لم يثبت حق المنع لأحد، فتنفذ الوصية.

جمهور الفقهاء (المالكية – الشافعية – الحنابلة): الوصية باطلة إذا زادت عن الثلث ولم يكن للموصي وارث، لأن ماله ميراث للمسلمين وتؤول الزيادة إلى بيت المال. لأجل ذلك، تستحب الوصية لأقل من الثلث، سواء أكان الورثة أغنياء أم فقراء.

2. إذا كان للموصي وارث:

جمهور الفقهاء (الحنفية – الشافعية – الحنابلة): لا تنفذ الوصية في الزائد على الثلث إلا بعد إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإلا بطلت، لأن الله – سبحانه وتعالى – أعطى الموصي حق التصرف في الثلث فقط، حماية لحق الورثة، لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – للصحابي سعد بن أبي وقاص: « الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس »[2].

المالكية: لا تنفذ الوصية في الزائد على الثلث، وإن أجازها الورثة عملا بظاهر قوله – صلى الله عليه وسلم – « الثلث، والثلث كثير ». وإذا أجازها الورثة تعتبر هبة من أموالهم. وفي رواية ثانية للمالكية أن الزيادة صحيحة وموقوفة على إجازة الورثة بشرط أن تكون الوصية لغير وارث"[3].

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

عرّف المشرع الجزائري الوصية في **المادة 184 من قانون الأسرة:** "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". وذكر أنواع الموصى به في **المادة 190 من نفس القانون:** "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

---

[1] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، المجلد 5، ص 383.
وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص 101.

[2] متفق عليه.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 297.

وتعريف الوصية بهذه العناصر هو ما اصطلح عليه الفقه الحنفي، وقد اعتبره بعض الشراح تعريفا قانونيا جامعا ومانعا[1].

ويقر القانون الجزائري بحق الوصية للطفل بصفتها عقدا من عقود التبرع على النحو الآتي بيانه:

جاءت شروط صحة وصية الموصي في المادة **187 من قانون الأسرة**[2]، وجزاء تخلفها بطلان الوصية. وأهمها شرط البلوغ الذي يعتبر مناط التكليف في الأحكام الشرعية والتصرفات القانونية. ولأن الوصية تبرع بالمال يتطلب توافر الإرادة والتمييز، تكون وصية الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز في القانون الجزائري باطلة بطلانا مطلقا، لعدم تحقق شرط البلوغ[3]، أي تمام تسع عشرة سنة. وإذا كانت وصية القاصر بصفته موص باطلة، فما موقف القانون الجزائري من الوصية له أي بصفته موصى له ؟

القاعدة العامة أن ركن الوصية الوحيد هو الإيجاب، ولا يحتاج الإيجاب في الوصية إلى قبول حتى يتحقق إبرامها وإلا كانت عقدا. أما قبول الموصى له بعد وفاة الموصي فلا يعتبر شرطا لانعقاد الوصية بل شرطا للزومها ونفاذها[4].

وموقف المشرع الجزائري بشأن القبول واضح في المادتين **197 و198 من قانون الأسرة**[5].

وعليه، يكون القبول المعتبر قانونا هو الذي يصدر من الموصى له البالغ العاقل، أما الجنين والقاصر والمحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، فإن قبول الوصية أو ردها يصدر ممن له الولاية على ماله، وليا كان أو وصيا أو قيما[6].

والنتيجة، أن الوصية للقاصر المميز وغير المميز صحيحة مادام أهلا للاستحقاق أي إنسانا، دون اعتبار لسلامة عقله أو بدنه، وبلوغه أو قصره، ومادام معينا باسمه أو بوصفه لأن الوصية تمليك لمعلوم. أما لنفاذ الوصية واستحقاق الموصى به، فينوب عنه وليه في القبول، أخذا بالمذهب المالكي الذي اعتبر قبول الموصى له شرطا لصحة الوصية، على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي[7].

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 230.
محمد محده، المرجع السابق، ص 47.

[2] تنص المادة 186 من قانون الأسرة: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا في العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

[3] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 40.

[4] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة – الوصية – الوقف)، دار هومه، الجزائر، ط 2004، ص 47.

[5] تنص المادة 197 من قانون الأسرة: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي".

[6] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 277.

[7] العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 279 – 280.

وتطبيقا للحكم الشرعي الذي جعل الوصية في حدود الثلث، تنص **المادة 185 من قانون الأسرة:** "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة". وتجد الإشارة أيضا بخصوص ثلث التركة[1]، إلى تقدم الوصية الواجبة أي التنزيل، على غيرها من الوصايا الاختيارية في الاستيفاء، إذ يأخذ الأحفاد مقدار حصة أصلهم كما لو بقي حيا، بشرط ألا يتجاوز المقدار ثلث التركة، ويكون التقسيم بينهم بعد التحقق من توافر شروط معينة ووفق القاعدة الشرعية المطبقة في الميراث : (للذكر مثل حظ الأنثيين)[2].

وقد قننت التشريعات العربية فكرة الوصية الواجبة في باب الميراث، كحماية للأطفال الصغار لابن المتوفى الذي سبقه في الموت، والتي تقضي الوقائع العامة في الميراث، في المذاهب الأربعة السنية، بحجب الميراث عنهم[3].

المطلب الثاني: الحق في الهبة[4]

الهبة تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا بالواهب، أو عقد من عقود التبرعات المحضة التي يكون فيها التمليك من غير مقابل إذ لا يطلب المتبرع عوضا عما تبرع به[5]. ولا خلاف في ذلك شرعا وقانونا، إلا أن الهبة للصبي تخضع لجملة من الأحكام في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، والقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

عمر حمدبياشا، المرجع السابق، ص 53.

[1] الوصية الواجبة أو التنزيل هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم المتوفى في تركة الجد أو الجدة.
العربي بلحاج، المرجع السابق، الجزء 2، ص 184 وما بعدها.
مصطفى اسباعي، عبد الرحمن صابوني، المرجع السابق، ص 304 وما بعدها.

[2] أنظر المادة 169 إلى المادة 172 من قانون الأسرة.

[3] محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 75.

[4] **الهبة لغة:** التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا، سواء أكان مالا أو غير مال
والهبة: العطية الخالية من الأعواض والأغراض.
ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 6، ص 4929.
الهبة اصطلاحا: الحنفية: تمليك بلا عوض.
المالكية: تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وتسمى هدية.
الشافعية: التمليك بلا عوض.
الحنابلة: تمليك جائز التصرف مالا ومعلوما أو مجهولا، تعذر علمه، موجودا مقدورا على تسلميه، غير واجب في هذه الحياة، بل عوض.
– ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 357، هامش (1).
– عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 3، ص 254 وما بعدها.

[5] سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 165.

حكم الهبة في الشريعة الإسلامية الندب والاستحباب[1]، لذلك تكون بمعنى الهدية والعطية والصدقة. قال الله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لاَ تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنتَ الْوَهَّابُ ﴾[2]. وقال الله تعالى : ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴾[3]، وقال: « تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر...»[4]، وقال أيضا: « العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه »[5].

وأما الإجماع، فقائم بشأن صحة الهبة للكبير والصغير بل وللحمل في بطن أمه.

أولا – حكم الهبة للصبي:

تنعقد الهبة في الفقه الإسلامي بالصيغة أي بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له. ولما كانت الهبة من التصرفات الضارة ضررا محضا بالصغير، فإنها لا تصح منه سواء أكان مميزا أو غير مميز، لأنه يشترط في الواهب الأهلية الكاملة.

أما قبولها وقبضها، فإن كان غير مميز فيقبل الهبة ويقبضها وليه على المال. وإن كان مميزا فيقبلها ويقبضها إما وليه على المال، وإما هو بنفسه لأن قبولها من التصرفات النافعة له نفعا محضا[6].

وفي المذاهب الفقهية مزيدا من التفصيل ندرجه في الآتي:[7]

الحنفية: يشترط في الواهب أن يكون حرا وعاقلا غير محجور عليه وبالغا فلا تصح هبة الصغير. أما الموهوب له فيجوز أن يكون صغيرا ونحوه. وإذا كان الواهب يعول الصبي عند عدم وجود الأب، فإن الهبة تتم بالإيجاب وحده، أما إذا وهب له أجنبي فإنها لا تتم إلا بقبض الولي وهو أربعة: الأب ثم وصيه، ثم الجد، ثم وصي الجد. وإن كان الصبي مميزا، فيقبض الهبة بنفسه ولو وجد أباه لأنها من مصلحته.

المالكية: تكون الهبة باطلة إذا لم يكن الواهب أهلا للتبرع أي صغيرا ونحوه. أما الموهوب له فيجوز أن يكون صغيرا – ذكرا أو أنثى – وتنعقد بالإيجاب من الواهب وقبول من ولي الصغير. ويشترط المذهب الحيازة في المسكون والملبوس فقط، وفيما عدا ذلك يكفي إعلان

---

[1] عبد الجليل القرشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، ط 3، سنة 1995، ص 355.

[2] سورة آل عمران، الآية 08.

[3] سورة الشورى، الآية 49.

[4] جامع الترمذي، حديث رقم 2130.

[5] صحيح البخاري، حديث رقم 2589 / شرح النووي على مسلم، حديث رقم 1622.

[6] عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 352.

[7] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 3، ص 257 وما بعدها.

الواهب وإشهاده[1]. ولا خلاف أن الوصي يقوم مقام الأب في الحيازة، واختلفوا في الأم، ففريق رأى أنها لا تقوم مقام الأب، وفريق آخر رأى أنها تقوم مقامه.

الشافعية: لا تصح الهبة من الصبي وتصح له. ويقبضها وليه أو الحاكم إن لم يكن له ولي. ولابد لتمليك الهبة من القبض، فإن وهب الأب أو الجد للصغير شيئا لا يملكه إلا إذا قبضه عنه الواهب. ويعتبر الشافعية أنه لو مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، يقوم الوارث مقام الأصل في ذلك.

الحنابلة: لا تصح هبة الصغير كسائر التبرعات، وإن أجازها وليه. أما الهبة له فيشترط فيه كموهوب له أن يكون أهلا للتصرف، إذ لا يصح قبوله ولو كان مميزا، كما لا يصح قبضه لها، ويقوم وليه أو وصيه بذلك، وإن لم يوجد فالحاكم (القاضي).

ويجمع العلماء على أنه في هبة الوالد لولده الصغير، يقوم إيجاب الواهب (الأب) مقام قبول وقبض الموهوب له (الولد). فإن كان له أب أمين فهو وليه لأنه أشفق عليه وأقرب له، وإن مات أبوه وله وصي فوليه وصيه، لأن الأب أقامه مقام نفسه، وإن كان الأب غير أمين، أو مات دون تعيين وصي، رجع أمره إلى الحاكم أي القاضي[2].

ثانيا – الرجوع في الهبة وموانعه الشرعية:

ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم الرجوع في الهبة بعد قبضها بالنسبة للواهب الأجنبي لقول المصطفى – صلى الله عليه وسلم – : « العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه »[3]. أما أما إذا وهب الوالد شيئا لولده وأراد الرجوع فيه، جاز ذلك لقول المصطفى – صلى الله عليه وسلم – « لا يرجع أحدكم في هبته إلا الوالد من ولده »[4].

وللمذاهب الفقهية تفصيل في ذلك:[5]

الحنفية: يجوز للواهب الرجوع في هبته قبل القبض وبعده، لا فرق بين الأب وغيره ما لم يمنع من الرجوع مانع. وموانع الرجوع في المذهب تتمثل في الحالات التالية:

---

[1] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، المجلد 5، ص 364.

[2] عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 352.

سعاد إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 166.

[3] سبق تخريجه.

[4] سنن ابن ماجة، حديث رقم 2377 / سنن النسائي، حديث رقم 3694 / جامع الترمذي، حديث رقم 2132 / سنن أبي داود، حديث رقم 3539.

[5] ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 368.

عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 3، ص 268 وما بعدها.

عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 357 وما بعدها.

1. زيادة الموهوب زيادة متصلة كأن يهب له حيوانا صغيرا فيكبر عنده، أو أرضا فيبني عليها أو يغرس فيها فتزيد قيمتها. أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع حق الرجوع، فإذا أهدى له حيوانا فولد له، رجع فيما أهداه دون ولد الدابة.
2. موت أحد المتعاقدين الواهب أو الموهوب له. فإذا مات الواهب فليس لورثته الرجوع في الهبة لأن ذلك حق شخصي للواهب، وإذا مات الموهوب له فليس للواهب الرجوع على ورثته لأن العين الموهوبة انتقلت إليهم بالإرث.
3. أخذ الواهب العوض من الموهوب له.
4. الزوجية: فإذا وهب الزوج لزوجته شيئا بعد الزواج، فلا يجوز له الرجوع فيه وإلا اعتبر ذلك قطعا لصلة الزوجية.
5. القرابة: إذا وهب الواهب لأبيه أو أخيه أو عمه، وغيرهم من محارمه بالنسب سقط حقه في الرجوع، أما إذا وهب لمحارمه من الرضاع أو المصاهرة فإن له الرجوع.
6. هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له، وفي ذلك فوات لمحل الهبة.
7. خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بتصرف من تصرفات الملكية، وعندها لا يحق الرجوع على الغير لأنه لم يتعاقد معه.

<u>المالكية:</u> ليس للواهب حق الرجوع لأن الهبة عقد لازم، إلا الأب والأم فإن لهما ذلك. ويجوز للأب الرجوع في هبته دون غيره من الأقارب إلا الأم. وللأب حق الرجوع في هبته لولده، ذكرا أو أنثى، صغيرا أو كبيرا، غنيا أو فقيرا. ويشترط لصحة رجوعه شرطان:

1. إذا أراد بالهبة الصلة والعطف على الولد لكونه محتاجا أو نحو ذلك.
2. إذا أراد بالهبة مجرد ثواب الآخرة.

كما يجوز للأم الرجوع في هبتها بالشرطين السابقين مع إضافة شرط ثالث وهو أن ترجع في هبتها إذا كان للولد أب، أما إذا كان الولد يتيما ووهبت له فليس لها الحق في الرجوع. أما موانع رجوع الأب والأم فتكون ما يلي:

1. مرض الولد المتصل بالموت، لأنه إذا مات كانت الهبة حقا لورثته، بخلاف إذا ما برئ فيكون للوالد (أبا أو أما) الرجوع فيها.
2. تصرف الولد في الهبة ببيع أو رهن أو نحوه.
3. زيادة أو نقصان في قيمة ذات الموهوب.
4. إذا كانت الهبة سببا في تزويج الولد أو في منحه دينا.

<u>الشافعية:</u> يجوز للأب الرجوع في هبته لولده سواء كانت هدية أو صدقة، قبل القبض وبعده، سواء أكان صغيرا أو كبيرا، غنيا أو فقيرا. ويكره للوالد أن يرجع في هبته لأولاده إن عدل بينهم فيها إلا لمصلحة أو ضرورة كزجر الولد عن إنفاقها في المعاصي والمحرمات.
ويشترط في رجوع الوالد جملة من الشروط:

1. أن يكون الولد حرا لا رقيقا.
2. أن يكون الموهوب عينا لا دينا للوالد على الولد.
3. أن يكون الموهوب في سلطة الولد وملكه.
4. ألا يكون الموهوب شيئا مستهلكا.
5. ألا يبيع الولد العين الموهوبة.
6. ألا يحجر على الولد لسفه.

<u>الحنابلة:</u> يجوز للأب الرجوع في هبته لولده، سواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أو لم يقصدها. ولا يحق الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب. ويشترط في رجوع الأب جملة من الشروط:

1. أن تكون الهبة عينا لا دينا ولا منفعة.
2. ألا تخرج عن ملك الولد ببيع أو وقف أو مهر أو نحوه.
3. ألا تزيد عند الولد زيادة متصلة تزيد من قيمتها.

يبقى لنا استعراض موقف المشرع الجزائري من رجوع الوالد في هبته لولده، وبأي المذاهب الفقهية أخذ في الرجوع وفي إقرار الموانع منه، ويكون ذلك لاحقا بعد التفصيل في حق الهبة للقاصر.

<u>الفرع الثاني – في القانون الجزائري</u>

عرف المشرع الجزائري الهبة **في المادة 202 ف 1 من قانون الأسرة:** "الهبة تمليك بلا عوض"، ويعتبر المشرع الهبة عقدا بنص **المادة 206 من نفس القانون** التي اشتملت على أركان الهبة إذ اشترطت تطابق إرادتين، وإفراغ التراضي في الشكل الرسمي وإتمام ذلك بالقبض أي الحيازة، تحت طائلة البطلان[1].

<u>أولا – الهبة للقاصر</u>

---

[1] تنص المادة 206 من قانون الأسرة: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.
وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

لما كانت الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول، إلى جانب توافر ركن الحيازة مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق، يقوم هذا الأخير قبل تحريره عقد الهبة بالتحقق من أهلية الواهب، إذ تتطلب الهبة أهلية التبرع فيه ما دام يقوم بعمل ضار به ضررا محضا حسب نص **المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري**[1].

وتجدر الإشارة بخصوص الواهب إلى أنه إذا كان الشخص عديم التمييز أو ناقصه، أي صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها، أو صغيرا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة، فإن الولي أو الوصي أو المقدم لا يملك أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته، وإلا كان في ذلك إخلال بنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجور عليه، واستثماره بالطرق الشرعية[2].

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف، ويكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا[3] وعليه نميز في الهبة للقاصر حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الموهوب له غير مميز والواهب أجنبيا، يقبل الهبة عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، ويحوز الشيء الموهوب بالنيابة عنه أيضا وليه أو وصيه أو القيم عليه فحسب **المادة 210 ف 2 من قانون الأسرة الجزائري**: "وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

ولكن المشرع الجزائري يستغني عن ركن الحيازة في عقد الهبة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، مكتفيا بالتوثيق والإجراءات الإدارية طبقا للمادة **208 من نفس القانون**: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له... فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة". وبذلك أخذ القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 فيفري 1982: "من المقرر شرعا أن الهبة تنعقد وتصح بمجرد القبول والقبض، على أن الحيازة من شروط الكمال، إلا أنه يحوز الأب لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفيه..."[4]. كل ذلك مع التمييز في الإجراءات المتبعة في هبة العقارات وهبة المنقولات[5].

---

[1] تنص المادة 203 من قانون الأسرة: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

[2] محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 109 – 110.

[3] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 27.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 22 فيفري 1982، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، ص 273.

[5] بالنسبة للعقارات: تتطلب الهبة فيها إتباع إجراءات التوثيق حتى تغني عن ركن الحيازة، وذلك بإفراغها في شكل عقد رسمي يحرره الموثق تحت طائلة البطلان المطلق.

الحالة الثانية: إذا كان الموهوب له مميزا، يجوز له قبول الهبة وحيازتها دون إذن من الولي أو غيره لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا. أما إذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف صحتها في هذه الحالة حسب نص **المادة 83 من قانون الأسرة** على إجازة الولي أو الوصي، أو إذن القاضي[1].

ونشير في الأخير إلى أن الهبة – شرعا وقانونا – ليست محددة بقدر معين، فيجوز أن ترد على مال الواهب كله، إلا إذا كانت في مرض الموت، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، بينما الوصية يلزم أن تتقيد بالثلث من التركة دائما.

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري تطبيقا للأحكام الشرعية، قد اعتبر كل تصرفات المريض مرض الموت أيا كان هذا التصرف هبة أو بيعا أو وصية أو غيرها، تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت[2]، والغرض من ذلك حماية الورثة من الهبات المستترة ومن التصرفات المستترة ومن التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت، والتي تشكل في الحقيقة اعتداء على حق الورثة[3].

ثانيا – الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه

القاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم بمجرد القول على المشهور (بالإيجاب)، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء ويكون ذلك في الهبة الصادرة من الأبوين إذا وهبا لولدهما[4]، إلا في حالات أربع لا يجوز الرجوع فيها، ثلاث منها نصت عليها **المادة 211 من قانون الأسرة** والرابعة جاءت في **المادة 212 من نفس القانون.**

وعليه، – يمنع – رجوع الأبوين في هبتهما للولد في الحالات الآتية:

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

بالنسبة للمنقولات: تغني الإجراءات الإدارية عن الحيازة في هبة المنقول، كأن تنصب الهبة للطفل على أموال نقدية، فيكفي بشأنها فتح حساب خاص به.

– عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 10 – 11.

[1] محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 112.

[2] تنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

تنص المادة 776 ف 1 من قانون المدني الجزائري: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

[3] محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 124 – 125.

[4] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 21 فيفري 2001، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2002، ص 308.

3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

4. إذا كانت الهبة بقصد المنفعة العامة (المادة 212 من قانون الأسرة).

ونؤيد بعض الشراح الذين اعتبروا بأن المشرع الجزائري قد ذكره هذه الموانع على سبيل المثال لا الحصر، لأن المذهب المالكي يذكر حالات أخرى قد يصادفها القاضي ولا يجدها في قائمة الموانع القانونية، فيرجع فيها حتما إليه أو إلى المذاهب الفقهية الأخرى[1].

ويبقى حق الرجوع في الهبة للأولاد أمرا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، وهو مخول للوالدين فقط دون اشتراط سن معينة للأولاد، ودون تحديد مُهلة معنية للرجوع[2]. ويترتب على الرجوع في الهبة البطلان على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يذكر طريقة الرجوع فيها أتكون بالتراضي أم بالتقاضي بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير[3].

<u>المطلب الثالث: الحق في الوقف[4]</u>

الوقف نظام عرفته الشريعة الإسلامية يتمثل في حبس عين من الأعيان عن التصرف أو التمليك لأحد من العباد، ورصد منفعتها على جهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء. وهو بذلك يعتبر من مجموعات الأموال لا من مجموعات الأشخاص[5].

والوقف من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة هي إرادة الواقف نفسه أي إيجابه الذي أجمع الفقهاء على أنه الصيغة المعتبرة ركنا في الوقف دون قبول الموقوف عليه[6].

وإذا كان يصح الوقف على الجنين وعلى الصبي شرعا (الفرع الأول)، فإن صحة ذلك في القانون الجزائري منتفية (الفرع الثاني).

---

[1] محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 360 – 261.

[2] محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 260 – 261.

[3] محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 297.

[4] **الوقف لغة:** الحبس والمنع.

ووقف الدار ونحوها: حبسها في سبيل الله.

الفيروز آبايد، القاموس المحيط، المرجع السابق، الجزء 3، ص 212.

شرعا: <u>الحنفية</u>: حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير.

<u>المالكية</u>: جعل الملك منفعة مملوكة، ولو كان مملوكا بأجرة، أو جعل غلته كدراهم لمستحق، بصيغة مدة ما يراه المُحبس.

<u>الشافعية</u>: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح شرعا.

[5] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 514.

[6] عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 267.

الفرع الأول – في الشريعة الإسلامية

اعترفت الشريعة الإسلامية بحق الوقف للصغير بل وللحمل في بطن أمه، ما دام يتم بإرادة منفردة، مع مراعاة مركز الواقف والموقوف عليه، وأنواع الوقف.

أولا – الوقف على الولد

ويسمى أيضا بالوقف الأهلي أو الذري. ومعناه أن يحبس الإنسان شيئا مملوكا له على نفسه، ثم على أبنائه وأحفاده من بعده، وعلى ذريتهم بتسلسلهم إتباعا، أو أن يقف على نفسه ثم على أولاده، ثم على جهة خيرية[1].

والدليل على ثبوت الوقف على النفس وعلى الذرية ما روي عن سيدنا عثمان بن عفان – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قدم المدينة وليس بها ماء عذب غير بئر رومة. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – : « من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير منها في الجنة ؟ فاشتريتها من صُلب مالي »[2].

ووجه الدلالة أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قد أجاز للرجل أن ينتفع مع غيره بما وقف، أي يجوز للواقف أن يجعل لنفسه نصيبا من الوقف ولغيره[3].

ويشترط في الواقف أن يكون بالغا، فلا يصح وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز، لأن غير المميز ليس أهلا للتصرفات مطلقا، والمميز ليس أهلا للتبرعات ولو أذن له وليه لأن هذا الأخير لا يحق له التبرع من مال الصبي[4].

أما الموقوف عليه فيجوز أن يكون صبيا أو صغيرا، وقد اتفق الفقهاء على أن قبول الموقوف عليه ليس ركنا في الوقف وليس شرطا في صحته ولا في استحقاقه إذا كان غير معين. أما إذا كان غير معين فاختلفوا فيه[5].

---

[1] أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1994، ص 247.
وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص 161.
عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 296.

[2] سنن النسائي، حديث رقم 3610 / جامع الترمذي، حديث رقم 3703.

[3] عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 298.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، المجلد 10، ص 426 وما بعدها.
محمد بن أحمد بن صالح، المرجع السابق، ص 63.

[5] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 429 وما بعدها.
وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.
عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 267 وما بعدها.

الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة): ليس القبول شرطا في صحة الوقف ولا في استحقاقه، فيصح الوقف وإن لم يصدر قبول من الموقوف عليه، فإن رده وكان أهلا للرد بطل استحقاقه فقط وانتقل إلى من جعله الواقف مستحقا بعده، وإن لم يكن أهلا للرد، فلا يقبل من الولي أو الوصي أو القيم لأن الرد ضرر محض في حق المحجور عليه. والحجة في ذلك أن الوقف تصرف والتصرف يتم بتحقق إيجاب الواقف فقط دون قبول الموقوف عليه، ولأن الوقف هو إزالة ملك يمنع التصرفات التمليكية فلا يحتاج إلى توافر القبول.

المالكية والحنابلة في رواية: يعتبر القبول شرطا في صحة الوقف واستحقاقه إن كان الموقوف عليه أهلا للقبول، وإن لم يكن كذلك فيشترط قبول وليه أو وصيه أو القيم عليه، فإن تم القبول منه أو من وليه اعتبر الوقف صحيحا، وإن رده أو سكت عن قبوله أو رده، بطل الوقف في حق الموقوف عليه. وحجتهم أن الوقف تبرع لآدمي معين ولا يتم الاستحقاق إلا بقبوله.

وتجدر الإشارة إلى أنه يثبت الاستحقاق بين الأولاد وفقا لشرط الواقف، وبمقدار ما حدده لهم من أنصبته في غلة الوقف. ولكن من المستحب أن يجعل الواقف وقفه على أولاده، على حسب قسمة الله تعالى للميراث بينهم وفق القاعدة: (للذكر مثل حظ الأنثيين)[1].

ثانيا- الصيغ الدالة على الولد الموقوف عليه

يرى جمهور الفقهاء جواز الوقف على الذرية، وقد يكون على ذريته هو (أي الواقف)، وقد يكون على ذرية غيره والحكم فيها واحد[2].

ويعرف الأولاد المستحقون للوقف وأنصبتهم بموجب ما اشترطه الواقف، وبما تدل عليه صيغة الوقف. ومن الصيغ أو الألفاظ الدالة على ذلك نذكر الآتي:[3]

قوله: وقفتُ على أولادي

أو على ولدي، أو على ولد فلان، ثم من بعدهم على الفقراء، وتعتبر أشهر صيغ الوقف. وفي رواية عند الحنابلة أن الوقف يكون على أولاده وأولاد أولاده مع الأولاد الذكور فقط، فلا يدخل في الوقف أولاد البنات إلا إذا وجدت قرينة تدل على ذلك.

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 441.
أحمد محي الدين العجوز، المرجع السابق، ص 248.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1972، ص 302.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، الجزء 10، ص 442 وما بعدها.
وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 210 وما بعدها.
محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 303 وما بعدها.

وفي رواية عند بعض الحنابلة أن ولد الولد لا يدخل في هذه الصيغة، سواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات، لأن الولد حقيقة وعرفا إنما هو الولد الصلبي، وإنما يسمى ولد الولد ولدا على سبيل المجاز. وهذا مذهب الشافعية على الأصح عندهم.

وهذا الخلاف يثور إذا كان للواقف أولاد صلبيون وله أحفاد، وعندها يدخل الأحفاد في الوقف إذا كان الحفيد – ولد الابن – يستحق غلة الوقف عند عدم وجود الولد الصلبي ويقف هذا الاستحقاق عند وجود الولد الصلبي، وعلى هذا الفتوى عند الحنفية.

قوله: وقفت على أولادي وأولادهم ونسلهم

تشمل هذه الصيغة الوقف على أولاد الذكور بغير خلاف أما أولاد البنات، فعند بعض الحنابلة وبعض المالكية لا يدخلون في الوقف.

وعند الشافعية وبعض الحنابلة يدخل في الوقف ولد البنت، لأن البنات أولاده أيضا وأولادهن أولاد حقيقة.

قوله: وقفت على ولدي وولد ولدي

تشمل هذه الصيغة الوقف على البطن الأول والبطن الثاني فقط. وإن زاد وقال: وولد ولدي، دخل في الوقف ثلاثة بطون دون مَن بَعدَهُم.

قوله: وقفت على ذريتي أو نسلي أو عقبي أو أهل بيتي

لو قال الواقف: وقفت على ذريتي أو نسلي أو عقبي. يشمل الوقف بالاتفاق الذكور دون الإناث، إلا بتصريح أو قرينة على رأي الحنابلة.

لو قال الواقف: وقفتُ على الذرية أو على النسل. يشمل الوقف أولاد البنات الذين يسمون أولاد البطون، وأولاد الأبناء ويسمون أولاد الظهور[1].

لو قال الواقف: وقفتُ على العُقب. يشمل الوقف أولاد الظهور ذكورا أو إناثا أي أولاد الأبناء فقط دون أولاد البنات.

لو قال الواقف: وقفتُ على آلي أو أهل بيتي. يشمل الوقف كل من يتصل بالواقف عن طريق الذكور كأعمامه، وأبناء عمومته وأولاده ذكورا وإناثا وكل أولاد الذكور من ذريته دون أولاد الإناث.

قوله: على أقاربي وذوي الرحم

---

[1] ويسمى أيضا ولد الابن حفيدا، وولد البنت سِبْطاً.

تدل هذه الصيغة على استحقاق غلة الوقف لكل من تشمله كلمة قرابة سواء أكانت من جهة الأم، أو من جهة الأب، وتشمل الأصول والفروع، والمحارم وغير المحارم.

أما لفظ الطفل والصبي والصغير فيشمل من لم يبلغ، فإن بلغ فلا يستحق شيئا[1].

والملاحظ أن اللغة العربية غنية بالألفاظ والمعاني، بدليل تغيير المعنى عند تغيير الكلمة وهذا مستدل عليه في حق الوقف، إذ يحفظ معنى الكلمة للموقوف عليه نصيبه من الوقف. والخلاصة أن المعرفة الصحيحة باللغة العربية تؤدي إلى التعرف على حقيقة الموقوف عليه.

الفرع الثاني – في القانون الجزائري

يعتبر الوقف في القانون الجزائري مجموعة أموال تتمتع بالشخصية المعنوية حسب المادة 49 من القانون المدني، تبدأ بتمام تكوينه دون حاجة إلى ترخيص خاص، وتنتهي بانتهاء مدته إن كان مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم، أو بناء على حكم من القضاء إذا ما تخربت أعيانه بصورة تؤدي إلى زوالها[2].

وإذا كان الوقف نظاما ماليا مستمدا من الشريعة الإسلامية ومطبقا في الجزائر، فإن الوقف على الأولاد في قانون الأوقاف الجديد[3] قد ألغي بعد إلغاء أحكام الوقف الخاص دون الوقف العام.

أولا – الأصل: صحة الوقف:

تعرّف المادة 213 من قانون الأسرة الوقف بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق". وتعرفه المادة 04 من القانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف[4] بأنه: "عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة". ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بتعريف المذهب الحنفي دون أن تبين المادة ما إذا كان التبرع بمنافع الموقوف فقط حسب نفس المذهب أم أنه تبرع بعين الموقوف ومنافعها كذلك على رأي محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة والذي يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ به في المادة 03، من قانون الأوقاف[5]. "الوقف هو حَبْسُ العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

---

[1] عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 291.

[2] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 514.

[3] القانون رقم 02 – 10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423هـ الموافق 14 ديسمبر سنة 2002 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، ج. ر عدد 83.

[4] القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411هـ الموافق 27 أفريل سنة 1991، ج.ر عدد 21.

[5] نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1995، ص 64.

ويبدو أن المادة 04 من قانون الأوقاف في تحديدها لطبيعة الوقف لا تؤدي المعنى المطلوب، لأن اعتبار الوقف عقدا معناه وجوب توافق إرادتين أي إيجاب الواقف وقبول الموقوف عليه، في حين يعتبر الوقف تصرفا صادرا من جانب واحد، ينعقد بمجرد صدور الإيجاب وهذا مذهب الحنفية الذي أخذ بركن الصيغة فقط أي الإيجاب عند إنشاء الوقف[1].

ويشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين الموقوفة ملكا مطلقا، وأن يكون بالغا وعاقلا غير مكره، فلا يتصور القاصر واقفا. ويشترط في المال المحبس أيضا أن يكون معينا تعيينا ينفي الجهالة وخال من كل نزاع[2]. ومتى استوفى الوقف أركانه وشروطه أصبح لازما لا يجوز للواقف الرجوع فيه ولا لورثته من بعده[3].

أما الموقوف عليه، فعرفته المادة 13 من القانون رقم 91 – 10 بأنه: "...الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا طبيعيا أو معنويا. والشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله...".

ودون تفصيل أكثر بخصوص الموقوف عليه من الناحية التشريعية، يبدو أن الوقف للجنين في القانون الجزائري غير معمول به، أما الوقف على الأولاد فبعد ما كان معمولا به في قانون الأوقاف القديم، تم إلغاؤه في القانون الجديد على غرار بعض التشريعات العربية كما هو الحال في مصر وسورية[4].

أولا – الاستثناء: بطلان الوقف الذري

أسمى المشرع الجزائري الوقف الذري أو الوقف على الأولاد بالوقف الخاص. وقد كثر هذا النوع من الوقف في الجزائر في العهد العثماني عملا بالمذهب الحنفي الذي كان يجبر انتفاع الموقوف وعقبه من الوقف بحيث لا يعود الوقف إلى الغاية التي حبس من أجلها إلا بعد انتفاء الورثة المنصوص عليهم في وثيقة الحبس، بينما يرى المذهب المالكي ضرورة صرف الحبس على المصلحة العامة التي حبس من أجلها مباشرة بدون قيد أو إرجاء أو تردد[5].

كان الوقف على الأولاد معمولا به في القانون الجزائري رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، إذ ذكرت المادة 06 منه أنواع الوقف: عام وخاص، وعرفت الوقف الخاص بأنه ما يحبسه الواقف

---

[1] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 83.

[2] أنظر المواد 10، 11، 12 من القانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والمادتين 215، 216، من قانون الأسرة.

[3] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 109.

[4] نادية براهيمي، المرجع السابق، ص 109.

أحمد محي الدين العجوز، المرجع السابق، ص 248.

[5] نادية براهيمي، المرجع السابق، ص 70.

على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

كما نصت المادة 07 من نفس القانون: "يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم." ويجوز للواقف في القانون رقم 91 – 10 أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك عند انعقاد العقد، كاشتراطه أن يؤول الوقف بعد أبنائه إلى أبنائهم ثم يلغي أحفاده ويعوضهم بإخوته[1]. ويجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف إذا كان منافيا لحكم الوقف وهو اللزوم، كما له إلغاء أي شرط ضار بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه[2].

ولكن، هل كان يجوز للقاضي إلغاء وقف سيستفيد منه بعض أبناء الواقف دون البعض الآخر ؟ وما حكم الوقف الذي تم لصالح الذكور دون الإناث ؟ لقد جرى العمل في الجزائر بالمذهب الحنفي بخصوص الوقف الخاص والذي يرى وقف المال على الذكور دون الإناث: "من المقرر شرعا أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي، يرخص بالتحبيس على نفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة"[3].

وقد يقع الذكور في حالة مشابهة، لمّا يعمد أحد الوالدين إلى الوقف على البنات وحرمان الذكور من الاستفادة من هذا الوقف، وفي ذلك دليل على سوء نية الواقف أي حرمانهم من الميراث[4].

لأجل ذلك طالب العديد من القضاة الذين صادفهم هذا النوع من الدعاوى بتخفيف الغبن الواقع على المرأة التي حُرمت من الإرث، كما حذروا من سوء نية الواقف الذي يعمد بوقفه حرمان بعض الورثة أو إنقاص أو زيادة نصيب أحدهم[5].

ويبدو أن المشرع الجزائري قد حَسَم الأمر بإلغائه الوقف الخاص أو الوقف الأهلي بموجب **القانون رقم 02 – 10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002** المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، إذ بعد الإطلاع عليه ومقارنته بقانون الأوقاف رقم 91 – 10، يتبين إلغاء جميع الأحكام المتعلقة بالوقف الخاص واستبقاء نصوص الوقف العام فقط، وأصبح الموقوف عليه في مفهوم القانون الجديد حسب المادة 13 منه: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي، لا

---

[1] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 87.

[2] أنظر المواد 14، 15، 16 من القانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والمادة 218 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 13 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 95.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في ، بتاريخ 16 نوفمبر 1999، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص 311.

[5] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 88 – 89.

يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية". وغاب كل نص دال على الموقوف عليه بصفته شخصا طبيعيا.

وبعيدا عن قانون الأوقاف، يظل سؤال يبحث عن إجابة: لماذا أبقى المشرع الجزائري على أحكام الوقف كتصرف من تصرفات التبرع في قانون الأسرة الجديد المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ما دام قد ألغى الوقف الخاص أو الوقف الأهلي في القانون رقم 02 – 10 المؤرخ في 27 أفريل 2002 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف ؟

والإجابة على ذلك، تكون بأحد الحلين في رأينا، الأول أن يطبق قانون الأوقاف باعتباره قانونا خاصا يقيد القانون العام أي قانون الأسرة وبالتالي عدم الوقف على الأولاد وغيرهم من الأهل، والثاني تطبيق ما جاء بشأن الوقف في قانون الأسرة[1] واعتماد القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية في دعاوى الوقف الأهلي بإحالة من المادة 222 من قانون الأسرة[2].

[1] انظر المادة 213 إلى المادة 220 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] تنص المادة 222 من قانون الأسرة: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

الخاتمــــــــة

الخاتمة:

وفي الأخير نختم بالنتائج والاقتراحات التالية:

I. بالنسبة لمفهوم حقوق الطفل والنظام القانوني الذي يحكمها:

1/ إن عدم تحديد وبدقة بداية مرحلة الطفولة ونهايتها، فصل حقوق الجنين عن حقوق المولود، وجعل المشرع يمنح الشخصية القانونية فقط بعد تمام الولادة حيا حسب المادة 25 ف 1 من القانون المدني، وقد تبين أن هذا الموقف غير سليم ومنطقي لأن الحياة الإنسانية تبدأ في الرحم، وما الولادة إلا واقعة لإثبات تلك الحياة.

2/ اعترف المشرع الجزائري ببداية الحياة الإنسانية وحمايتها في القانون الجنائي لمّا عاقب على فعل الإجهاض والاعتداء على الجنين، وراعى عدم تنفيذ العقوبة على الحامل حتى تضع حملها وترضع طفلها، وهذا معناه أن الحياة الإنسانية هي سبب التمتع بالحق وبداية إقراره وليست الولادة، ومعناه أن المشرع المدني والمشرع الجنائي على غير توافق وانسجام.

يجب أن تكون النصوص القانونية متناسقة بخصوص الموضوع الواحد، وفي هذا الإطار نطالب المشرع الجزائري بإيضاح موقفه بخصوص الشخصية القانونية التي تخوّل الشخص الطبيعي التمتع بالحق وضمان حمايته. والطفل شخص قانوني قبل ولادته بنصوص قانون العقوبات وقانون تنظيم السجون وقانون الصحة، ولا يمكن للشخصية القانونية الواحدة أن تنقسم لأن صاحبها شخص واحد، يمر بسلسلة من المراحل في حياته، حتمية وطبيعية، تشمل كل البشر.

3/ لا يمكن للطفل بعد الولادة أن يرعى نفسه بنفسه أو يطالب بحق من حقوقه، ومراعاة لعجزه وضعفه وصغر سنه، تقرّر نظام النيابة الشرعية على اختلاف أنواعه بهدف التمكن من ممارسة حقوق الطفل.

ولاحظنا أن المشرع الجزائري قد أقرّ الولاية على النفس وعلى المال وجعل البلوغ سببا لانتهائها. ولكنه مع الاعتراف ببعض الحقوق للجنين لم يوضح من هو وليه أو المسؤول عن إدارة أمواله قبل الولادة، مكتفيا بالولاية على القاصر والولاية القانونية على المكفول بموجب عقد الكفالة.

لاحظنا أن الولاية على القاصر ثابتة قانونا للأب وفي حالة وفاته تكون بقوة القانون للأم دون الحاجة إلى إذن من القاضي، ومنح الولاية للأم حكم لم يأخذ به الفقهاء. هذا وإن كانت تصرفات الولي مقيدة بمصلحة الطفل، إلا أن دور القاضي في المراقبة والتقييد لا يستهان به، ويبقى الإذن الممنوح للنائب الشرعي محصورا في الحالات التي نص عليها القانون فقط.

وعليه، نؤيد الرأي الداعي إلى وصاية على الجنين لأن الأموال التي تكون محجوزة له تحتاج إلى حفظ وتشغيل، ونطالب بإعادة النظر في نظام النيابة الشرعية وترتيبه حتى تتبين أدوار الولي والوصي والمقدم مع صغير السن، والمجنون والمعتوه والسفيه. ولابد من وضع آليات فاعلة لرقابة الوصي خلال عهدته وبعدها، واعتبار الكفيل وصيا على المكفول بدلا من اعتباره وليَّه، لأنه حسب المادة 97 من قانون الأسرة، مهام الوصي أكثر صرامة من مهام الولي، وفي ذلك ضمان لحقوق الطفل المكفول المالية خاصة.

II. بالنسبة للدراسة المقارنة لحقوق الطفل الأساسية:

لم يتسن التفصيل في جميع الحقوق المتعلقة بالقاصر قبل بلوغه عاقلا راشدا. ولعلنا في اختيار باقة منها تتبعنا موقف الشرع والقانون من تلك الحقوق وفق التسلسل الزمني لحياة الطفل.

1/ بالنسبة للحق في الحياة:

لقد بلغت الشريعة الإسلامية مبلغا عظيما في اهتمامها بحياة الإنسان وخصوصا قبل إكمال نموه وقدراته، فحرّمت الإجهاض لغير ضرورة شرعية، وحرّمت قتل الأطفال في الحروب وقتلهم جناة. وجارى المشرع الجزائري تلك الأحكام ونص عليها في قانون العقوبات، بأن حفظ حياة الطفل جانيا ومجنيا عليه.

2/ بالنسبة للحق في الهوية:

لم يختلف الموقف القانوني عن الموقف الشرعي بخصوص تسمية الطفل ومراعاة جملة من الشروط والضوابط فيها، حتى يحمل الطفل اسما جميلا يفخر به ويكبر معه دون تبديله أو تغييره، كما لم تتباين الآراء بخصوص اللقب الذي يجب أن يكون لقب الأب الحقيقي والشرعي مادام الطفل من صلبه. أما لقب الأم فيمنح لابن الزنا، ولقب المكفول لا يعطيه حقوقا نَسَبِيَة أو نصيبا في الميراث، كما لا يمنعه من الزواج بأحد من أفراد أسرة كافله، ويبقى اللقب الأصلي مصاحبا للطفل المكفول سواء كان معلوم النسب أو مجهوله.

جنسية الطفل نظام حديث في القانون الوضعي ولكنه لا يزال يأخذ بعنصر الدين وإن طبق المعياران: حق الدم وحق الإقليم. والدين الذي يعتنقه الطفل يشكل حجر الزاوية لحقوقه، لأن الأحكام الشرعية المطبقة عليها كلها مستمدة من الشريعة الإسلامية (أحكام النسب، أحكام النفقة، أحكام الرضاع، أحكام الحضانة، ... وغيرها).

3/ بالنسبة للحق في الرعاية الصحية:

يتبين أن الشريعة الإسلامية حرصت حرصا كبيرا على صحة الطفل، وتعرضت لها من جوانب عديدة، فسلامة الأبوين من العيوب والأمراض إجراء وقائي تقرر لضمان ولادة سليمة وطبيعية،

أما الاهتمام بنظافة جسم الصغير بختانه، فذاك حق لم نجده في القانون الجزائري، وندعو إلى إدراجه بصورة واضحة لخطورته ومساسه بالسياسة العامة للدولة في مجال الصحة، إلى جانب ضرورة الاهتمام بما يطرح في الأوساط العلمية من تقنيات ماسة بصحة الطفل قبل ولادته وبعدها.

<u>4/ بالنسبة للحق في النسب:</u>

لازال المشرع الجزائري يُخلِط بين ثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول، مع أن الزواج الفاسد نوع من أنواع نكاح الشبهة. واستحداث الطرق العلمية لإثبات النسب حسب المادة 40 ف 2 من قانون الأسرة لم يحددها المشرع ولم يبين للقاضي مدى حجيتها عند الأخذ بها.

ويلاحظ أن التعامل بالقواعد الشرعية لإثبات نسب الطفل، ونقصد بها تشريع العدة، ومدة الحمل، وفراش الزوجية، كلها قواعد مطبقة لإثبات النسب خلال فترة الحمل أو بعد الولادة دون الاستهانة بمرحلة الحمل، وهذا يؤكد ما ذكرناه بخصوص بداية الحق الذي يثبت ويتقرر من فترة التكوين لا بعد الولادة. وعلى المشرع الجزائري الأخذ بعين الاعتبار هذه التفاصيل لإعادة ترتيب الحقوق وإعادة النظر في ثبوت الشخصية القانونية للطفل.

<u>5/ بالنسبة للحق في الرضاع:</u>

الدهشة كانت كبيرة عند اكتشاف إلغاء واجب إرضاع الأولاد على الأم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل لقانون الأسرة.

والدهشة عظمت لمّا بحثنا في حقيقة هذا الحق، ووجدنا بأنه أمر من الله سبحانه وتعالى، وليس اجتهادا من الفقه الإسلامي.

ونطالب المشرع بتدارك الفراغ القانوني المتعلق بالحق في الرضاع، والاعتراف به وبصراحة للطفل الرضيع دون إجبار الأم عليه، لأن في استئجار المرضعة أو المتبرعة بالرضاعة كفاية لاستيفائه والقيام به مادام الحليب يشكل الغذاء الوحيد للمولود قبل قدرته على تقبل غذاء آخر.

<u>6/ بالنسبة للحق في الحضانة:</u>

لقد فصلت الشريعة الإسلامية في مباحث الحضانة التي نحسب أننا أخذنا منها ما يعتبر خاصا بالطفل لأن لحاضنه نصيب كبير من هذا الحق.

وفي المقابل سجلنا قصور المشرع الجزائري في تناول حق الحضانة، على الرغم من المكانة التي منحها للقاضي في إسناد الحضانة وإسقاطها إعمالا لمبدأ مصلحة المحضون. يعتبر ترتيب مستحقي الحضانة مخلا بأهمية الحق، لأن عدم تحديدهم بدقة لا يحقق مصلحة المحضون، وقد

يفوت الأصلح أو الأقدر على حضانته.، ونقصد بذلك عدم ترتيب (الأقربون درجة) كما أن حق الزيارة الممنوح للطرف غير الحاضن، غير واضح المعنى والشروط سواء تواجد المحضون داخل التراب الوطني أو خارجه.

على المشرع الجزائري توضيح أحكام الحضانة وضبطها في قانون الأسرة من جديد، وعليه توجيه القاضي وإرشاده بصورة أدق لتطبيق قاعدة مصلحة المحضون التي لا تعريف لها ولا حصر لحالاتها في دعاوى الحضانة وغيرها.

<u>7/ بالنسبة للحق في الكفالة:</u>

سجلنا وجود فراغ قانوني بعد الانتهاء من حضانة الطفل. وعدم تحديد المشرع لمصيره، يشكل إخلالا بالتسلسل في إقرار حقوقه، لأننا سنفتقد إلى حلقة قبل البلوغ، وحتى وإن انتهت حضانة الأنثى بزواجها ودخول زوجها بها، إلى أن بلوغ الذكر عشر (10) سنوات لا يدل على اكتمال نضجه وقدرته على الاستقلال بنفسه.

ونرى في ولاية الضم أو كفالة الطفل بعد انتهاء فترة حضانته، حلا للفراغ القانوني، خصوصا وأن نظام الكفالة معمول به في القانون الجزائري للطفل معلوم النسب ومجهوله – وإن كان يتم في صورة عقد – وإن مكنة الاختيار الممنوحة لمن بلغ سن التمييز بين البقاء عند كافله أو العودة إلى أحد أبويه أو إلى ولايتهما، حكم شرعي أخذ به الشافعية والحنابلة لإقرار كفالة الصغير وولاية ضمه، ونقترح على المشرع الجزائري إعطاءه لجميع الأطفال بعد انتهاء مدة حضانتهم، حتى يكبروا في جو نفسي سليم، ويتحملوا تبعة خياراتهم.

<u>8/ بالنسبة للحق في النفقة:</u>

يعتبر هذا الحق مضمونا في القانون الجزائري للطفل، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة بين الزوجين، ونص المادة 72 من قانون الأسرة في تعديل 2005 خطوة موفّقة لضمان نفقة المسكن أو دفع بدل الإيجار لممارسة الحضانة.

<u>9/ بالنسبة للحق في الميراث:</u>

نظام المواريث في القانون الجزائري نظام مالي مستمد من الشريعة الإسلامية، وتحديد ميراث الطفل الذكر والأنثى لا يخضع إلى اجتهاد ولا إلى تغيير مادامت الأنصبة محددة شرعا وقائمة وفق علم الفرائض.

والحق في الميراث من الحقوق الثابتة للطفل قبل ولادته وأسماها الفقه ميراثا بالتقدير، كما هي ثابتة للطفل بعد ولادته حسب موقعه من المورِّث.

10/ بالنسبة لأجرتي الحضانة والرضاع:

اعتبرت الأجرتين في التشريع الإسلامي من الحقوق المالية المقررة لرعاية الطفل والمكملة للقيام بحضانته ورضاعه. ومع التفصيل الكثير فيهما، إلا أن المشرع الجزائري أهملهما ولم يذكرهما، فيرجى منه إعادة النظر في ذلك وإدراج هاتين الأجرتين في الحقوق المالية للطفل التي يجوز المطالبة بها، خصوصا بعد الفرقة بين الزوجين.

11/ بالنسبة للحق في الوصية والحق في الهبة والحق في الوقف:

تعتبر هذه الحقوق المالية من صميم الشريعة الإسلامية، ومن الحقوق التي أثبتتها للطفل مع بعض الاختلاف الفقهي في جزئياتها. وقد صعب علينا البحث عنها وتنظيمها، لأن المشرع الجزائري لم يمنحها الاهتمام اللازم عدا الهبة للأولاد. لذلك يجب إعادة صياغة كل النصوص القانونية المنظمة لهذه الحقوق، مادامت حقوقا مالية تمس مجال التعامل بالأموال وكيفية تسييرها واستثمارها. وإذا كانت تمنح للحمل وفق المذاهب الفقهية، فذاك دليل آخر على أن حقوق الطفل تبدأ معه جنينا في بطن أمه وتلازمه بعد ولادته، ويباشرها نواب شرعيون بمراعاة ترتيب معين وشروط محددة، ولا يظهر حسن أدائها وحفظها إلا ببلوغ الطفل سن الرشد عاقلا.

وفي الأخير، وإن جانب القانون الجزائري الصواب في إقرار كثير من حقوق الطفل وضمان حمايتها، إلا أن الثغرات والنقائص لازالت واضحة.

ويقع على عاتق الدولة التي تناشد تحقيق العدالة بين مواطنيها، بحماية الضعيف منهم والتكفل بالعاجز منهم، ضرورة تكوين القضاة والمحامين بصورة محترفة للتمكن من استيفاء الحقوق والمطالبة بالالتزامات، ونشر الثقافة القانونية – الشرعية في مجال رعاية الطفولة والاهتمام بها، واجب كل مطَّلِع عليها، نحو وطنه ودينه.

قائمة المراجع

قائمـــــــة المراجـــــــع

أولا: المراجع باللغة العربية:

*** القرآن الكريم.**

*** كتب الحديث:**

1/ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ط2004.

2/ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ط 1، سنة 2006.

3/ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ط 2004.

4/ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، طبعة 2008.

5/ محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، بيت الأفكار الدولية، المملكة العربية السعودية، ط 2004.

6/ الإمام محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي، شرح النووي على مسلم، بيت الأفكار الدولية، المملكة العربية السعودية، د.ت.

*** المعاجم والقواميس:**

1/ ابن منظور، لسان العرب، دار الجيل، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، ط 1988.

2/ ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، ط 1992.

3/ مجد الدين، محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 6، 1998.

4/ إبراهيم نجار، أحمد زكي، بدوي، يوسف شلال، القاموس القانوني- فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، ط 4، 1995.

5/ Raymond Guillien, Jean Vincent, Lexique de termes juridiques. Ed. dalloz.1972,

*** الكتب العامة:**

1/ أحمد الحصري، السياسة الجزائية، المجلد 3، دار الجيل، بيروت، ط 3، 1993.

2/ إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1992.

3/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء 1، دار هومة، الجزائر، ط 2003.

4/ أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1999.

5/ أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مطبعة أطلس، القاهرة، طبعة 1995.

6/ أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1994.

7/ أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب، دار الخلدونية ، القبة، الجزائر ، ط 2001.

8/ ابن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد 5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996.

9/ الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ط 2002.

10/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01 (الزواج والطلاق)، الجزء 02 (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999.

11/ الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1، سنة 2005.

12/ دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، دار الرغائب و النفائس، القبة، الجزائر، ط3، سنة 1999.

13/ سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة التعاون للطبع والنشر، القاهرة، مصر ط 3، سنة 1980.

14/ صلاح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1976.

15/ عبد السلام التونجي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، الجزء 02، الجزء 03، دار الكتب الوطنية، بنغازي، لبيا، ط2، سنة 1997.

16/ عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1977.

17/ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 04، الجزء 07، الجزء، 08، الجزء 09، الجزء 10، الجزء 11، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 3، 1997.

18/ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، مطبعة إفريقيا الشرق، المغرب، د. ت.

19/ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 02، المجلد 03، المجلد 04، المجلد 05، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط 1999.

20/ عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، ط 3، سنة 1995.

21/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 01، الجزء 05، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنلن، ط1، 1997.

22/ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2002.

23/ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 2، سنة 1995.

24/ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، سنة 1996.

25/ عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، المطبعة الجديدة، دمشق، ط 5، 1979.

26/ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي الجزء 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 14، سنة 1997.

27/ عطاء الله فيشار، أحكام الميراث، في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط 2006.

28/ علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2005.

29/ عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة – الوصية – الوقف)، دار هومه، الجزائر، ط2004.

30/ محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، دار الشروق، مصر، ط 1، 1982.

31/ محمد سلام زناتي، مبادئ القانون أو المدخل إلى دراسة القانون، مكتبة الطليعة، أسيوط، مصر، ط 1978.

32/ محمد أحمد النابلسي، ذكاء الجنين، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 1988.

33/ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002.

34/ محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومه، الجزائر، ط 2007.

35/ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1985.

36/ محمد عز الدين توفيق، دليل الأنفس بين القرآن الكريم والعلم الحديث، دار السلام، القاهرة، ط 1998.

37/ محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، ط 1995.

38/ محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة 1، سنة 2003.

39/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ت.

40/ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1998.

41/ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1972.

42/ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط1973.

43/ محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ط 1998.

44/ محمد محده، التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة الأوراسية، باتنة، الجزائرية، ط1982.

45/ محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار العلم دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط 1، 1992.

46/ محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائري والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومه، الجزائر، ط 1، 2006.

47/ مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط 1986.

48/ مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، مصر، ط 1986.

49/ مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، ط 1997.

50/ مفتاح محمد أقزيط، الحماية القانونية للجنين يبين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط1، 2004.

51/ مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، المطبعة الجديدة، دمشق، ط 5، 1978.

52/ مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، شركة الأمل للطباعة والنشر التوزيع، مصر، ط 1، 1994.

53/ مهند صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2002.

54/ نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية)، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2002.
55/ نذير بومعالي، حق الحياة وسبل حمايته في النظم الوضعية والإسلام، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، ط 2005.
56/ هجيرة دنوني، بن الشيخ الحسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، وتطبيقها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، الجزائر، ط 1992.
57/ هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المطبعة الجديدة، دمشق، سورية، ط 1977 – 1978.
58/ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 1979.
59/ يسري السيد محمد، حقوق الإنسان في ضوء الكتاب والسنة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 2006.

<u>* الكتب الخاصة:</u>

1/ ابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ط1، سنة 2001.
2/ بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة سباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ط1981.
3/ عبد الحق منصوري، حقوق الطفل الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية، دار قرطبة المحمدية، الجزائر، ط 1، سنة 2005.
4/ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط 1، 2005.
5/ عبد الأحد ملا رجب، أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي، دار أطلس للنشر والتوزيع، السعودية، ط 2005.
6/ غسان خليل، حقوق الطفل، التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين، مطبعة شمالي آند شمالي، بيروت، لبنان، ط 2003.

7/ محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت.

8/ محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية – نشأته – حياته – حقوقه التي كفلها الإسلام، مطابع الفرزدق، د.ت.

<u>* الرسائل والمذكرات:</u>

<u>أ/ رسائل الدكتوراه:</u>

1/ علي قصير، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، سنة 2008.

<u>ب/مذكرات الماجستير ومذكرات التخرج:</u>

1/ أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2008.

2/ سولاف بومجان، إثبات النسب ونفيه طبقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، سنة 2008.

3/ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في السن والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2007.

4/ عبد العزيز بوذراع، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة 2004.

5/ مالك طلبة، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة 2006.

6/ نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، سنة 2006.

7/ نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1995.

*** المجلات:**

أ/ المجلات القانونية والشرعية:

1/ إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، سنة 1987، ص960.

2/ زكية حميدو تشوار ، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، سنة 2007، ص 183.

3/ سعد الدين مسعد هلالي، إجهاض جنين الاغتصاب في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد 41، السنة 15، يونيو 2000، ص 281.

4/ عبد العزيز محمد الزيد، مقال: الإرث بالتقدير والاحتياط، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، المملكة العربية السعودية، عدد 44، سنة 1999 – 2000، ص 156.

5/ عبد الكريم بلعيور، الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 01، مارس 2011.

6/ علي فيلالي، المسؤولية المدنية للطفل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، سنة 2000، ص 96.

7/ فريدة محمدي، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، سنة 2000، ص 93.

8/ ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، سنة 1984، ص 220.

09/ مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية (DNA)، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، عدد 01، سنة 2005، ص 6.

10/ محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، مجلة الحقوق، الكويت، عدد 03، سنة 2004.

11/ بودالي محمد، جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الامتناع، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2006، ص 85.

12/ مسفر بن علي بن محمد القحطاني، إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد 54، السنة 18، سبتمبر 2003، ص 159.

13/ وهبه الزحيلي، حرية المعتقد، حرية الفكر، حرية التجنس، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، العدد 5، مارس 2002، ص 30.

ب/ المجلات القضائية:

1/ نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982، ص 273.

2/ المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 53.

3/ المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1989، ص 55، ص 95.

4/ المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1994، ص 56.

5/ المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1997، ص 53 .

6/ المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1997، ص 89 .

7/ المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1999، ص 122 .

8/ المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2000، ص 227 .

9/ المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 67، ص 85، ص 88.

10/ المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2001، ص 198 .

11/ المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2001، ص 297 .

12/ مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص 192، ص 311 .

13/ المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2002، ص 308.

14/ المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2002، ص 550.

15/ المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص 274، ص 279، ص 285، ص 289.

16/ مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2004، ص 337.

17/ مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2005، ص 293، ص 315 .

18/ مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2006، ص 461 .

*** النصوص القانونية:**

1/ الدستور الجزائري سنة 1996.

2/ القانون المدني الجزائري، طبعة 2007، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

3/ قانون الأسرة الجزائري، طبعة 2007، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

4/ قانون الجنسية الجزائرية، طبعة 2007، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

5/ قانون الحالة المدنية، طبعة 2007، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

6/ قانون العقوبات، طبعة 2009، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

7/ قانون الصحة، مطبعة Berti، الجزائر، طبعة 2004.

8/ قانون الإجراءات الجزائية، طبعة 2007، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

9/ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة 2008، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

10/ قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين، طبعة 2007، موقع الجريدة الرسمية، www.joradp.dz.

11/ القانون رقم 83-11 الصادر في 2 جويلية 1983 المتضمن التأمينات الاجتماعية. المعدل والمتمم بالأمر 96-17 الصادر في 6 جويلية 1996، ج.ر عدد 42.

12/ القانون رقم 83-12 الصادر في 2 جويلية 1983 المتعلق بالتقاعد، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-18 الصادر في 6 جويلية 1996، ج.ر عدد 42.

13/ القانون رقم 83-13 الصادر في 2 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-16 الصادر في 6 جويلية 1996، ج.ر عدد 42.

14/ القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411هـ الموافق 27 أفريل سنة 1991، المتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد 21.

15/ القانون رقم 02 – 10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423هـ الموافق 14 ديسمبر سنة 2002 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، ج. ر عدد 83.

16/ مرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 جويلية 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، ج. ر عدد 30.

17/ مرسوم رئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل، ج.ر، عدد 91.

18/ مرسوم رئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 8 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 8 يوليو 2003 يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، ج.ر عدد 41.

19/ مرسوم تنفيذي رقم 69-88 المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1389هـ الموافق 17 جوان سنة 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج. ر. عدد 53.

20/ المرسوم رقم 85-282 المؤرخ في 29 صفر عام 1406هـ الموافق 12 نوفمبر سنة 1985 المعدل للمادتين الأولى والرابعة، من المرسوم التنفيذي رقم 69-88 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج. ر. عدد 47.

21/ المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412هـ الموافق لـ 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر عدد 05،

22/ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413هـ الموافق 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52.

23/ المرسوم التنفيذي رقم 96 – 122 المؤرخ في 18 ذي القعدة 1416هـ الموافق لـ 06 أفريل 1996 المتعلق بتشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 22.

24/ المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي سنة 2006 المحدد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة ج.ر، عدد 31.

25/ قرار عن وزارة الصحة والسكان المؤرخ في 20 محرم عام 1421 الموافق لـ 25 أفريل سنة 2000 المتعلق بالتلقيح ضد إلتهاب الكبد الحموي (ب)، ج.ر عدد 39.

*** الجرائد:**

1/ جريدة الخبر الصادرة في 04 جوان 2007، ص 06.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

A/ Ouvrages généraux :

1/ Christian Larroumet, Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, Tome I, Ed. Economica, 1998.

2/ François Boulanger, Droit civil de la famille, Tome I, Ed. Economica. 1994.

3/ François Terré, Dominique Fenouillet, Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités, Ed. Dalloz, 1996.

4/ Ghaouti Benmelha, Le droit algérien de la famille, Office Des Publications Universitaires, Alger, 1993.

5/ Jean Lagadec, Guide du droit de la famille, Ed. Solar, 1999.

6/ Jean-Michel De Forges, Le droit de la santé, Presses Universitaires de France, que-sais-je ?, 3ème Ed. 1997.

7/ Thierry Garé, Le droit des personnes, Ed. Dalloz, 1998.

8/ Raymond Guillien, Jean Vincent, Lexique de termes juridiques. Ed. Dalloz.1972.

B/ Ouvrage spéciaux :

1/ Ammar Guesmi, La protection pénale de l'enfant avant sa naissance, Ed. l'Hérmes, 2003, Lyon, France.

2/ François Boulanger, Les rapports juridiques entre parents et enfants, Ed Economica, 1998.

3/ Guy Raymond. Droit de l'enfance et de l'adolescence, Ed. Litec. 1995.

C/ Thèses et mémoires :

1/ Virginie Bonningues, Naissance et vie préjudiciables de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, D.E.A. de Droit privé, Université de Lille II, France, 2000/2001.

D/ Revues juridiques :

1/ Nadia YOUNSI HADDAD, La kafala en droit algérien, Revue des sciences juridiques, économiques et politiques, n° 04, 1999.

E/ Textes législatifs :

1/ JORA du 26 juin 2005, N° 44

F/ Journaux :

1/ Journal El Watan du 28 novembre 2006 (Journal Algérien).

2/ Le Monde du 11 octobre 2001 (Journal Français).

3/ Le Monde du 11 novembre 2001 (Journal Français).

G/ Sites internet :

1/ www.islamonline.net :موقع إسلام اليوم

2/ www.etudiantdz.com :موقع منتديات طلبة الجزائر

3/ www.egyptiantalks.org :قانون الطفل المصري

4/ www.ar.jurispedia.org :موقع جوريسبيديا بالعربية

5/www.isesco.org.ma/arab/publications : المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة

6/ www.ar.wikipédia.org (بالعربية) الموسوعة الحرة ويكيبيديا

7/ www.wikipédia.org (بالفرنسية) الموسوعة الحرة ويكيبيديا

8/ www.érudit.org الموقع الكندي

9/ www.vegetarisme.org الموقع الفرنسي

10/ www.génétique.org الموقع الفرنسي

11/ www.rue89.com الموقع الكندي

12/ www.fiqhacademy.org موقع قرارات مجمع الفقه الإسلامي

13/ www.islamest.com موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية

14/ www.fiqhforum.com موقع منتدى الفقه

15/ www.fiqhia.com مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

16/ www.droit-medical.net موقع القانون الطبي الفرنسي

17/ www.cleiss.fr موقع الضمان الاجتماعي الفرنسي

18/ www.legifrance.gouv.fr موقع التشريعات الفرنسية

19/ www.joradp.dz موقع الجريدة الرسمية الجزائرية

الفهـــــــــرس

الفهـــــــــــرس